

# **Forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet: Tolkning, materielle spørsmål og omgjøring**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 671

Leveringsfrist: 26.04.11

(\* regelverk for masteroppgaver:

[www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg\\_emnebeskrivelse\\_masteroppgaver\\_JUR5030\\_5060.html](http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html)

Til sammen 17 928 ord\*

26.04.2011

## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Oppgavens tema: Forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet.....	1
1.2	Kryssende hensyn.....	1
1.3	Avgrensninger.....	3
1.3.1	Tilgrensende ugyldighetsgrunnlag.....	4
1.3.2	Erstatningsspørsmålene.....	4
1.4	Rettskilder.....	5
1.5	Opplegg for oppgaven.....	5
<b>2</b>	<b>TOLKNING AV FORVALTNINGENS UTSAGN.....</b>	<b>7</b>
2.1	Tolkning av forvaltningens utsagn.....	8
2.1.1	Tolkningens premisser.....	9
2.1.2	Hva har forvaltningen egentlig bundet seg til?.....	12
2.1.3	Hvorfor er det viktig å avklare forvaltningens utsagn først?.....	15
<b>3</b>	<b>MATERIELLE SKRANKER FOR BINDINGEN.....</b>	<b>17</b>
3.1	Grunnlaget for bindingen.....	17
3.1.1	Rettspraksis.....	17
3.1.2	Teori mv.....	23
3.2	Forhåndsbindingens rekkevidde.....	28
3.2.1	Rettspraksis.....	28
3.2.2	Teori mv.....	29
3.2.3	Motytelsenes betydning.....	30
3.3	Oppsummering.....	32
3.4	Forholdet mellom tolkning og de materielle skrankene for forhåndsbinding .....	34
<b>4</b>	<b>OMGJØRING.....</b>	<b>36</b>
4.1	Privatrettslige regler.....	38
4.1.1	Bristende forutsetninger.....	38
4.1.2	Avtaleloven § 36.....	39
4.1.3	Kontraktsrettslige reglers gjennomslagskraft.....	39
4.2	Offentligrettslige regler.....	41
4.2.1	Omgjøring som ikke er til skade for noen vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser, fvl. § 35.1.a.....	41
4.2.2	Omgjøring før vedtaket er kommet til den private parts kunnskap, fvl. § 35.1.b.....	42
4.2.3	Omgjøring som følge av at vedtaket er ugyldig, fvl. §35.1.c.....	43

4.2.4 Omgjøring ovenfra, fvl. § 35.3.....	43
4.2.5 Omgjøringsadgangen følger av annen lov, fvl. § 35.5 1. alternativ.....	45
4.2.6 Omgjøringsadgangen følger av vedtaket selv, fvl. § 35.5 2. alternativ.....	46
4.2.7 Omgjøring etter de ulovfestede omgjøringsreglene, fvl. § 35.i.f.....	46
<b>4.3 Blandingsmodellen.....</b>	<b>49</b>
<b>4.4 Avgjørelse av omgjøringsspørsmålet.....</b>	<b>52</b>
4.4.1 Grunner for å omgjøre.....	52
4.4.2 Noen momenter som kan ha betydning i avveiningen.....	55
4.4.3 Står forvaltningen fritt til å definere hva omgjøringsvedtaket går ut på?....	56
<b>5 OPPSUMMERING OG KONKLUSJON.....</b>	<b>58</b>
<b>5.1 Rettstilstanden.....</b>	<b>58</b>
5.1.1 Tre vurderingsledd.....	58
<b>5.2 Hvilke hensyn veier tyngst?.....</b>	<b>59</b>
<b>6 LITTERATURLISTE.....</b>	<b>61</b>
<b>6.1 Lover.....</b>	<b>61</b>
<b>6.2 Forarbeider.....</b>	<b>61</b>
<b>6.3 Rettspraksis.....</b>	<b>61</b>
<b>6.4 Uttalelser.....</b>	<b>61</b>
<b>6.5 Litteratur.....</b>	<b>62</b>
6.5.1 Bøker.....	62
6.5.2 Artikler.....	62
<b>7 LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V.....</b>	<b>A</b>

## 1 Innledning

### 1.1 Oppgavens tema: Forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet

Skillet mellom offentlig rett og privat rett er en sentral tese i norsk rett. Dette skillet mellom juridiske livsområder er reflektert i lovverket og i oppbyggingen av jusstudiet. I tradisjonell tankegang er en disposisjon enten offentligrettslig eller privatrettslig. I våre dager utviskes skillet mellom de to. Det forekommer disposisjoner som inneholder både forvaltningsrettslige og privatrettslige innslag, og det forekommer uttalelser og ordninger som ikke øyeblikkelig lar seg rubrisere i det ene eller det andre rettsområdet.

Et eksempel på dette er det fenomenet som er blitt kalt «forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet», «bindende forhåndstilsagn», «forvaltningsavtaler», m.m.: At et forvaltningsorgan gir et tilsagn om å benytte sin myndighet på en bestemt måte før myndighetsbruken er aktuell og uten at det er fattet et alminnelig vedtak. Tilsagnet kan være ensidig eller del av en gjensidig forpliktelse. I slike situasjoner møtes rettsregler, hensyn og prinsipper fra to i utgangspunktet forskjellige felt. Dette grenseområdet mellom privatrett og offentlig rett er oppgavens tema.

### 1.2 Kryssende hensyn

Utsagn som kan tolkes slik at de gir uttrykk for binding av forvaltningsmyndighet forekommer en del i praksis. I forhandlinger med private kan det være fristende for forvaltningen, i tillegg til det alle andre juridiske personer kan bringe til forhandlingsbordet, å spille et ekstra kort i form av forvaltningens særegne myndighet – for eksempel til å ekspropriere eller gi tillatelser. Både den private parten og forvaltningsorganet kan ha en interesse i slike løfter. Det kan være at en privat part søker sikkerhet før de tar en finansiell risiko, at parten vil sette grenser for forvaltningens aktivitet i forhold til egne interesser, eller rett og slett ønsker et quid pro quo. For forvaltningen kan et løfte eller en avtale for eksempel anspore den private til å tilby noe parten ikke kan pålegges, åpne for å få fortgang i en vanskelig sak, eller eliminere mye ekstraarbeid. I tillegg kan en avtale fremstå som en praktisk måte å sammenfatte et kompleks av vilkår, vedtak, og rent privatrettslige disposisjoner. Disse

«bekvemmelighetshensynene» taler for en viss adgang til forhåndsbinding.

Avtalenes eller løftenes offentligrettslige innhold reiser spørsmålet om hensynet til forvaltningens handlefrihet og skjebnen til de hensyn forvaltningen skal ivareta. Myndigheten som på denne måten skal bindes står det sjelden fritt for forvaltningen å disponere, forvaltningen skal i prinsippet forvalte sine ressurser og sin myndighet til det beste for en bredest mulig krets av mennesker, eller samfunnet som helhet. Å binde forvaltningen kan også ha konsekvenser for demokratiet ved at politiske endringer vanskeliggjøres. Derfor er myndigheten ofte underlagt legale restriksjoner, forskjellige forvaltningsorganer forvalter forskjellige typer myndighet, og det skal alltid foretas en grundig vurdering før myndigheten benyttes. Avtaler med islett av offentlig myndighetsutøvelse kan i verste fall tenkes brukt for å omgå rettssikkerhetsgarantiene og saksbehandlingsreglene som ligger i forvaltningsloven. Disse «offentlige» hensynene taler mot adgang til å inngå forhåndsbinding, og for en bred omgjøringsadgang.

På den annen side står «private» hensyn, som kommer særlig sterkt inn på dette feltet. Tilsagn om forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet bærer normalt ikke like klart og tydelig preg av myndighetsutøvelse som et alminnelig vedtak. De fremstår ofte i en avtalemessig eller løftemessig drakt, og kan være mer eller mindre eksplisitt forbundet med motytelser. Disse vendingene trekker inn forestillingen om avtalers bindende kraft, og reiser problemer i forholdt til redelighet, rimelighet og hensynet til klarhet og forutsigbarhet i kontraktsforhold, i tillegg til hensynet til den private parts innrettelse. Disse hensynene kommer mest med først etter at det angivelige tilsagnet er gitt, og taler for at tilsagnet skal tas på ordet, være bindende og ikke lett kunne omgjøres.

Åpner man først for slike avtaler må løsningen må søkes et sted i mellom to ytterpunkter. Forvaltningen kan ikke tillates å inngå avtaler så lenge det passer deres hensikter, og så trekke seg etter forgodtbefinnende. På den annen side kan ikke en privat part få viljen sin på bekostning av de hensyn forvaltningen skal beskytte, bare fordi forvaltningen i sin tid bandt seg til en ordning som i ettertid har vist seg å være mer til

skade enn til gagn.

Formålet med denne oppgaven er å se på hvordan problemstillingene rundt adgang til og omgjøring av forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet er søkt løst i teorien og i rettspraksis. Ut fra dette kan man kanskje også utlede noe om avveiningen mellom de nevnte kryssende hensynene.

### 1.3 Avgrensninger

Forvaltningen defineres i denne oppgaven i tråd med definisjonen på «forvaltningsorgan» i forvaltningsloven §1 annet punktum som «et hvert organ for stat og kommune», samt private og delprivate organer der de utøver offentlig myndighet, §1 i.f. I tråd med fvl. §4 utelates aktiviteten til de delene av styringsapparatet som er tilknyttet Stortinget og domstolene. Innenfor denne definisjonen vil oppgaven omfatte virksomheten til alle ledd i forvaltningen.

Oppgaven skal fokusere på ulovfestet forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet. Det er derfor naturlig å avgrense mot lovfestede former for bindende forhåndstilsagn og -uttalelser, som utbyggingsavtaler, samt alle andre aspekter ved offentlig avtalevirksomhet. Heller ikke de mer uforpliktende utsagn og uttalelser behandles, utover å diskutere grensen nedad mot slike. EØS-rettslige aspekter eller de rent privatrettslige problemstillinger som kan oppstå der en part tror han har inngått en avtale utelates også.

Av plasshensyn renskjæres temaet for oppgaven til å dreie seg i hovedsak om tre sentrale problemstillinger: de materielle skrankene for forhåndsbinding, tolkningen av bindingen, og mulighetene for å omgjøre en forhåndsbinding av eget tiltak. Det avgrenses derfor mot flere spørsmål som også oppstår, som saksbehandlingsreglene, hvem som kan binde, reglene om vilkår for begunstigende vedtak, forvaltningens adgang til å motta ytelser fra den private part og myndighetsmisbrukslæren.

På omgjøringssiden avgrenses det mot flere tilgrensende spørsmål, som klage over en

forhåndsbinding fra part eller tredjepart, Grunnlovens § 97 som skranke mot omgjøring, og forvaltningens adgang til å gi forskrifter som negerer enkeltvedtak. Innrettelses-, og «god tro»-spørsmål behandles heller ikke.

### 1.3.1 Tilgrensende ugyldighetsgrunnlag

Selv om kompetanse- og saksbehandlingsspørsmålene eller de alminnelige forvaltningsrettslige ugyldighetsreglene ikke behandles direkte, er det på sin plass med noen kommentarer om forholdet mellom disse reglene og de materielle grensene for forhåndsbinding. Prosessuelle og personelle svakheter kan få betydning for vedtaket på tre måter: For det første kan de føre til at vedtaket blir ugyldig på alminnelig forvaltningsrettslig grunnlag. Dernest kan svakheter ved disse aspektene avsløre mangler ved den avveining som forutsettes tatt etter de reglene som skal diskuteres senere, og at bindingen avvises på det grunnlaget. Til sist vil slike svakheter være et vesentlig moment i tolkningen av utsagn som påstås å innebære forhåndsbinding, og kan føre til at binding tolkes innskrenkende eller tolkes bort.

Hva gjelder det materielle kan bindingen også bli ugyldig på flere grunnlag. Ulovlig innhold eller brudd på de ulovfestede saklighetsreglene, den såkalte "myndighetsmisbrukslæren", kan medføre ugyldighet for alle forvaltningsvedtak. Motytelseselementet og fordelene som kan oppnås er en del av vurderingen som må foretas ved forhåndsbinding, men kan også friste forvaltningen til å gå for langt, og dermed bryte saklighetsreglene. Selv om det ikke går så langt, kan en forhåndsbinding likevel bli ugyldig fordi grensene for hva det finnes akseptabelt å forhåndsbinde er overskredet, selv om et alminnelig vedtak med samme innhold hadde vært gyldig.

### 1.3.2 Erstatningsspørsmålene

Dersom vi aksepterer at forhåndsbinding medfører en avtalerettslig plikt, vil brudd på denne plikten kunne medføre erstatningsansvar, ihvertfall for den negative kontraktsinteresse, og i prinsippet til og med for den positive kontraktsinteressen. Selv om vi ikke aksepterer forhåndsbinding, i en konkret sak eller generellt, vil tilsagnet kunne skape slike forventninger at det kan bli aktuelt med erstatning for innrettelsestap

eller til og med erstatning på kontraktsgrunnlag<sup>1</sup>. Muligheten for erstatningsansvar kan, i verste fall, medføre en fare for at forvaltningen føler seg tvunget til gjøre et vedtak i strid med saklige mothensyn<sup>2</sup>. Dersom forhåndsbinding ikke førte med seg slikt ansvar, ville det ikke ha noe reellt innhold, og ville på det nærmeste være for en forhåndsuttalelse, eller for å låne et begrep fra kontraktsretten, et «comfort letter», å regne. De erstatningsproblemene som forhåndsbinding reiser, er interessante og kompliserte, men dessverre er det ikke plass til å diskutere dem innenfor oppgavens ramme.

#### 1.4 Rettskilder

At oppgaven skal dreie seg om den ulovfestede adgangen til å forhåndsbinde forvaltningens myndighet, betyr at tolkning av lover og forarbeider i liten grad vil spille en sentral rolle i drøftelsen. Noen lover, særlig forvaltningsloven og avtaleloven, vil likevel komme inn der dette er naturlig. I noen forarbeider finner man uttalelser som kan gi innspill til den øvrige drøftelsen, selv om de ikke i seg selv gir noen definitive svar. Hovedvekten av kildetilfanget til oppgaven er rettspraksis og juridisk litteratur. Særlig to Høyesterettsdommer fra de siste tyve år vil være sentrale – som jeg skal komme tilbake til, markerer Fiskekvotedommen, Rt-1992-1235, et veiskille i Høyesteretts holdning til og omgang med forhåndsbinding, selv om den ikke gjør all tidligere rettspraksis irrelevant. Sivilombudsmannens uttalelser har også funnet sin plass, både som innspill og eksempler på problemstillinger. Utenlandsk rett vil i liten grad berøres. Dette er et tema som er drøftet i langt større grad i Norge enn i de andre skandinaviske landene<sup>3</sup>. Der det er spørsmål som har vært lite drøftet eller som det er uenighet om, vil jeg noen ganger trekke inn reelle hensyn.

#### 1.5 Opplegg for oppgaven

Den videre gangen i oppgaven er delt i to hoveddeler. Først må det undersøkes om det i det hele tatt er adgang til å binde myndigheten sin på denne måten, hvilke

---

<sup>1</sup> SOM-2009-2897 nest siste avsnitt, Hov (2002) s.419, Bernt (1981) s.326

<sup>2</sup> SOM-1982-47 s.90

<sup>3</sup> Se f.eks. Madell (1998) s.281 flg. der mesteparten av materialet er hentet fra norsk og dansk rett



begrensninger slik binding er underlagt og de tolkningsproblemene som oppstår når retten skal avgjøre om slik binding foreligger. Dette gjøres i kapittel 2 og 3.

I kapittel 4 vurderes forvaltningens muligheter til å gå bort fra det de har lovet, dvs. å omgjøre et vedtak som er fattet i tråd med avtalen, eller å ikke benytte myndigheten sin på den måten som er avtalt. Oppgaven vil ikke særskilt behandle situasjonen etter at bindingen er bragt til opphør.

## **2 Tolkning av forvaltningens utsagn**

Når vi møter en påstand om forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet, er det i realiteten to spørsmål vi må ta stilling til:

*Har forvaltningen forhåndsbundet sin myndighet?*

Her ligger det to tolkningsspørsmål. Det ene er om forvaltningen har ment å binde seg, og det andre er hva forvaltningen har bundet seg til.

*Kan forvaltningen gjøre det?*

Her oppstår spørsmål om grunnlaget og grensene for innholdet i slike bindinger, samt de personelle og prosessuelle kravene som stilles, og om avtaleformen modifierer disse kravene.

Hvilken ende man starter i, er egentlig likegyldig. I Rt-2007-796, Vassfarvegen, starter Høyesterett med å drøfte adgangen til binding på mer generelt grunnlag, for deretter å drøfte om og hva Nes kommune hadde bundet seg til. I tidligere Høyesterettsdommer har man startet med tolkningen av forvaltningens formulering, og normalt også sluttet der, idet man fant at det ikke var binding. Den andre fremgangsmåten (først tolke om det foreligger binding, så om den er akseptabel) er kanskje den mest praktiske i en konkret sak, og vil benyttes i det følgende.

## 2.1 Tolkning av forvaltningens utsagn

De materielle spørsmålene som hører til forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet har sjelden blitt gjenstand for inngående behandling i retten (selv om en anførsel om binding ikke er uvanlig). Ikke fordi de ikke er praktiske, men normalt kommer man til en løsning, eller anførselen frafalles, før det når så langt som Høyesterett.

Forhåndsbinding er en uklar størrelse, der både form og innhold ikke alltid er lett å fastlegge. Ofte er avtaler som gir den private part forventninger om en gitt løsning bevisst diffuse, for å gi myndighetene rom til å ta skiftende forhold i betraktning.

Forvaltningen gir i større grad uforpliktende løfter, «stiller i utsikt», «arbeider mot» eller på annen måte tilkjennegir at hvis den private parten handler på en bestemt måte, så kan de påregne en vennligsinnet behandling fra myndighetenes side. Slike delvis uformelle «gentleman's agreements» kan føles reelle og betryggende for den private part, og kan brukes som et middel til å styre den private part i ønsket retning (f.eks. etablering av en bedrift i kommunen), men samtidig gis forvaltningsorganet frihet til å snu uten at det oppstår komplikasjoner av juridisk art. Samtidig kan nettopp det faktum at forvaltningen er bundet av løftet sitt føre til at organet er mer villig til å godta løsninger som befinner seg på mindre trygg forvaltningsrettslig grunn (eller står i fare for omgjøring ovenfra) – og dermed strekke seg lenger for å imøtekomme den private part. Ved å ikke kreve binding, ofrer den private part sikkerhet for bekvemmelighet. Som i forretningslivet ellers blir det en avveining mellom risiko og potensiell avkastning.

Slike overenskomster gir dårlig grunnlag for å diskutere forvaltningens mulighet til å gå fra løftet sitt, nettopp fordi en del av poenget er at man kan omgå problemet ved å si at ingen binding forelår. For å avgjøre om det foreligger forhåndsbinding må man først tolke forvaltningens utsagn.

### **Grensen mot uforpliktende uttalelse**

I klassisk tankegang har man sett på binding i et «enten-eller-lys»<sup>4</sup>. Det har i

---

<sup>4</sup> Boe (1991) s.340

forvaltningsretten alltid gått et skille mellom uforpliktende uttalelser og bindende vedtak. De har forskjellige teoretiske utgangspunkt, som Bernt uttrykker det: den ene er indikativ og den andre er dispositiv<sup>5</sup>. Forhåndsuttalelser står forvaltningen relativt fritt til å gi, for eksempel til veiledning, men de er i utgangspunktet fullstendig uten rettslig effekt for det senere vedtaket. Vedtak er underlagt strengere regler, og er bindende.

Derfor kunne det i starten av oppgaven ha vært fristende å avgrense mot uforpliktende uttalelser. Men dette utgangspunktet må nyanseres. I nyere teori er det, som vi skal komme tilbake til, i stadig større grad enighet om at det ikke er et klart skille mellom formene bundet og ubundet. Mellom disse to ytterpunktene finnes det et bredt spekter av mellomløsninger og glidende overganger, både med hensyn til hvor sterkt bundet forvaltningen har ment å være, og ikke minst: hva de har bundet seg til.

Forhåndsbinding er et eklatant eksempel på det – i utgangspunktet regner man utsagn om fremtidige vedtak som rent veiledende uttalelser, men som vi skal se mener Høyesterett at de i noen tilfeller kan være mer enn det.

### 2.1.1 Tolkningens premisser

Her møtes to tolkningsområder. Dette er egentlig ikke så annerledes fra det som skjer på avtalerettens område: at strid om hva som er blitt avtalt løses ved tolkning, er et alminnelig prinsipp fra avtaleretten. Spørsmålet er om denne fortolkningen er underlagt andre regler der det er anført forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet.

Sivilombudsmannen har uttalt at det vil «bero på en tolkning av tilsagnet i lys av det aktuelle lovgrunnlaget og på bakgrunn av de faktiske forhold i den konkrete sak»<sup>6</sup>.

Tolkningen vil altså være konkret, og formodentlig vil alle de alminnelige tolkningsdata kunne tas i betraktning.

I tidligere tider ble det hevdet at forhåndsbinding var underlagt en strengt objektiv fortolkning. Dette synspunktet er man i stor grad gått bort fra<sup>7</sup>, men flere forfattere<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Bernt (1981) s.101

<sup>6</sup> SOM-1997-65

<sup>7</sup> F.eks. Bernt (1981) s.77-78, Eckhoff/Smith (2010) s.446,

<sup>8</sup> F.eks. Graver (2007) s.247, Eckhoff/Smith (2010) s.447, Boe (1993) s.815

merker seg at Høyesterett i flere dommer har anlagt en tolkningspresumsjon mot binding. Dette sies eksplisitt i Mardøladommen, og der henvises det til en mengde tidligere rettspraksis<sup>9</sup>. Markus Hoel Lie tolker Høyesteretts holdning i Fiskekvotedommen dithen at man må ta utgangspunkt i avtalerettslige regler om binding, men legger til at det må mer til for å finne binding av offentlig myndighet enn for å finne kontraktsrettslig binding<sup>10</sup>. Øyehaug nevner at flere reelle hensyn taler for et skjerpet beviskrav<sup>11</sup>. Boe mener at det må fås i klartekst at myndighetene har bundet seg<sup>12</sup>, og til hva, for at man skal kunne vinne frem med en slik påstand. Bevisbyrden for den som påstår forvaltningen bundet er med andre ord meget tyngende – selv om Øyehaug avviser at det gjelder et krav til «særlige former» for bevis, mener han den praktiske måten å oppfylle kravet vil være skriftlige utsagn<sup>13</sup>.

Frihagen<sup>14</sup> mener at rettspraksis kan tyde på det strenge beviskravet har sammenheng med at retten har innvendinger mot at forvaltningen i det konkrete tilfellet binder seg. Frihagen mener at det i mange tilfelle ikke er grunnlag for slik skepsis, idet den alminnelige usikkerheten om hvor langt det offentlige kan gå resulterer i bevisst vage og upresise formuleringer. Da mener Frihagen at det er å trekke det for langt at man i tillegg tolker det allerede vage tilsagnet innskrenkende til skade for den private motpart<sup>15</sup>. Her har han et poeng: Både presumsjonen mot forhåndsbinding og klarhetskravet avviker fra et avtalerettslig tolkningsprinsipp, nemlig uklarhetsregelen – at en uklar avtaleklausul normalt skal tolkes til ulempe for den som er ansvarlig for uklarheten eller hadde best muligheter for å avverge den. I dette tilfellet vil det normalt være forvaltningen. Antageligvis på grunn av de mange problemene med forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet, har Høyesterett ikke bare bestemt seg for å ikke «straffe» slik uklarhet, men tolker det til ulempe for den private parten.

Woxholth kritiserer de strenge kravene, og mener det i tillegg er «prinsipielt betenkelig

---

<sup>9</sup> Rt-1973-107 s.110

<sup>10</sup> Lie (2008) s.246, se og s.238

<sup>11</sup> Øyehaug (1998) s.59-60

<sup>12</sup> Boe (1993) s.815

<sup>13</sup> Øyehaug (1998) s.61

<sup>14</sup> Frihagen (1991) s.341

<sup>15</sup> Frihagen (1991) s.341

at det offentlige kan "gi med den ene hånd" og "ta tilbake med den annen", når dette ikke harmonerer godt med allment aksepterte tolkningsprinsipper<sup>16</sup>. Øyehaug, derimot, mener at dette er et problem som bør løses ved en klargjøring av de materielle vilkårene, ikke en lemping av beviskravene<sup>17</sup>.

I Vassfarvegen-saken (som drøftes mer inngående under 2.2 og 2.3) tiltrer førstvoterende den alminnelige oppfatningen av rettspraksis, nemlig at domstolene har vært svært tilbakeholdne med å akseptere slike avtaler, «på bakgrunn av de betenkeligheter som knytter seg til at det offentlige skal binde sin fremtidige myndighetsutøvelse». Deretter gir han en uttalelse som er i tråd med tidligere praksis, men som til en viss grad modifierer den gamle «presumsjonen mot forhåndsbinding»: «For å sikre at spørsmålet om fremtidsbinding er blitt tilstrekkelig grundig overveid, må det også stilles krav om at bindingen har et klart grunnlag i den avtale som måtte være inngått.»<sup>18</sup>. Lie tolker dette som et «kvalitativt krav til avtalegrunnlaget», og tar denne uttalelsen til inntekt for det syn han har anlagt i tidligere dommer<sup>19</sup>.

Førstvoterende i Vassfarvegen-dommen viser at klarhetskravet ikke bare betyr klart uttrykt at man vil binde seg, men også klart uttrykk for at bindingen er vurdert: Alle fem dommere er enige i at vegloven § 7 utelukker at forvaltningen kan påta seg en evigvarende forpliktelse<sup>20</sup>. Men førstvoterende mener videre at dersom forvaltningen hadde ment å binde seg til en varig forpliktelse om å vedlikeholde Vassfarvegen, måtte det etter hans mening ha fremgått klart at det var foretatt en selvstendig vurdering av forpliktelsens innhold, altså hvor lenge vedlikeholdsforpliktelsen skulle stå ved lag.

Mindretallet anlegger ikke et like strengt synspunkt. Der tillegges blant annet forutsetningene til den private part (vegstyret) samt forholdene rundt (at kommunen ville ha veien rustet opp til fylkesvegstandard, som var vesentlig høyere enn beboerene langs veien hadde behov for) og etterfølgende uttalelser mye større vekt. De foretar med

---

<sup>16</sup> Woxholth (1999) s.155

<sup>17</sup> Øyehaug (1998) s.62

<sup>18</sup> Rt-2007-651-41

<sup>19</sup> Lie (2008) s.256

<sup>20</sup> Rt-2007-651-52

andre ord en mer klassisk avtalefortolkning, og kommer til et resultat som etter vanlige avtaletolkningsregler kanskje ville vært mer korrekt, men som avviker fra normen i forhåndsbindingssaker<sup>21</sup>. Dette synspunktet på tolkningen minner om det syn særlig Brækhus forfektet<sup>22</sup>, og som Woxholth og Frihagen heller mot (se over). Flertallet har nok vekten av teori og rettspraksis i ryggen med sin strenge fortolkning, men som med alle dommer der dissensen er skarp og klart formulert, vil kun tiden vise hvilken fremgangsmåte som vil råde grunnen.

Etter Vassfarvegen-dommen har det kommet en underrettsdom som er et eksempel på anvendelse av klarhetskravet i praksis. Mehamnsaken<sup>23</sup> dreier seg om et erstatningskrav mot Staten etter at flere trålere brøt sin leveringsplikt til et fiskevær i Finnmark. Den prinsipale anførselen til kommunen var at Staten gjennom avtale hadde forpliktet seg til å håndheve leveringsplikten. Lagmannsretten gjentar hovedpoengene fra Fiskekvotedommen og Vassfarvegen, og går deretter konkret til verks for å avdekke om Staten hadde bundet sin myndighet eller ikke. Retten gjennomgår alle presumtivt relevante utsagn Staten avgav i forbindelse med den såkalte Mehamnsaken, for å se om noen av utsagnene gav tilstrekkelig klare holdepunkter for at Staten hadde bundet seg. Etter en samlet bevisbedømmelse konkluderer lagmannsretten med at «Bevismaterialet gir ikke tilstrekkelig grunnlag for å fastslå, verken med klarhet eller sannsynlighetsovervekt, at staten har forpliktet seg...»<sup>24</sup>. Anken til Høyesterett ble avvist<sup>25</sup>. Her var imidlertid holdepunktene for binding såvidt svake at utfallet muligens ville blitt det samme uansett hvilken tolkningsmodell man anla.

### 2.1.2 Hva har forvaltningen egentlig bundet seg til?

Når det først er klarlagt at forvaltningen har ment å binde seg til noe er vi fremdeles ikke i mål. Som man ser av både Fiskekvote-, Mardøla-, Vassfarvegen- og Mehamndommen<sup>26</sup>, er man i tillegg nødt til å tolke hva forvaltningen faktisk har bundet

---

<sup>21</sup> Rt-2007-651-77

<sup>22</sup> Se f.eks. Brækhus (1978) s.147

<sup>23</sup> LH-2007-50902

<sup>24</sup> LH-2007-50902, lagmannsrettens bemerkninger pkt II

<sup>25</sup> HR-2008-1280-U

<sup>26</sup> Rt-1992-1235, Rt-1973-107, Rt-2007-651, LH-2007-50902

seg til. Som Øyehaug gjorde i sin artikkel<sup>27</sup>, har jeg skilt disse to spørsmålene. I praksis vil disse to tolkningene av utsagnet (om det er ment å være bindende og hva som er bindingens innhold) antageligvis gjennomføres i samme operasjon. Særlig hvis man anlegger glideskalasynspunktet til Bernt er dette også naturlig. Graver<sup>28</sup> mener at Høyesterett i Fiskekvotedommen legger opp til at tolkningen av det nærmere innholdet i tilsagnet er mer fritt. Høyesterett har heller aldri uttalt seg om det fins noen begrensninger på tolkningen av det nærmere innholdet i tilsagnet, men i både Mehamnsaken og Vassfarvegensaken virker det som om henholdsvis lagmannsrett og Høyesterett er tilbakeholdne med å gi tilsagnet en for vid tolkning<sup>29</sup>.

Det fins mange mellomformer av binding, og mange «bindinger» som fremdeles gir forvaltningen stort handlingsrom. Flere forfattere påpeker at det ikke er like enkelt som å si at enten er man bundet, eller så er man ikke bundet. Graver mener at det er en «skala fra de tilfeller hvor det offentlige har forpliktet seg til å arbeide for at et bestemt vedtak kan treffes på et angitt tidspunkt, hvor man har bundet seg til å treffe et vedtak dersom visse betingelser oppfylles, til det mer ubetingede forhåndsvedtak.<sup>30</sup>» Bernt trekker linjen helt tilbake til forhåndsuttalelser. Han mener at det er «en ikke helt heldig terminologi å knytte adjektivet 'uforpliktende' til betegnelsen 'forhåndsuttalelse' for å få fram forskjellen fra formelle vedtak.» Istedet mener han at det fins en glideskala mellom absolutt binding og uttalelse uten betydning for den senere avgjørelse<sup>31</sup>. Også Frihagen<sup>32</sup> tar opp det at det kan være en glidende overgang hva gjelder binding, og i tillegg påpekes dette av Bygningslovutvalget<sup>33</sup>. Øyehaug er prinsipielt streng i begrepsbruken sin, og mener at det må trekkes en grense mot uforpliktende uttalelser, men han understreker samtidig at uttalelser kan ha visse rettsvirkninger<sup>34</sup>. Dermed kan man lure på om forskjellen mellom han og andre er mer semantisk enn reell.

---

<sup>27</sup> Øyehaug (1998) s.58

<sup>28</sup> Graver (2007) s.247

<sup>29</sup> Rt-2007-651, LH-2007-50902

<sup>30</sup> Graver (2007) s.242

<sup>31</sup> Bernt (1981) s.100-101

<sup>32</sup> Frihagen (1991) s.340

<sup>33</sup> NOU-2003-24 s.146

<sup>34</sup> Øyehaug (1998) s.58



Erik Boe<sup>35</sup> tar til orde for en tredeling av bindingsformene. Det er sortert etter styrken av bindingen, men innenfor hver bindingsform er det også store variasjoner i bindingens styrke:

#### *Personell*

At bare en bestemt del av forvaltningen lover å ikke gå imot et resultat, for eksempel at en instans lover å gjøre/avstå fra å gjøre noe, men holder muligheten åpen for at et overordnet organ kan ha andre prioriteringer.

#### *Prosessuell*

Man binder seg til å foreta bestemte prosessuelle skritt i saksforberedelsen, for eksempel binder man seg til en bestemt fremgangsmåte for å fatte avgjørelsen, eller at man binder seg til å gjennomgå saksbehandlingsskritt som ellers ville være overflødige.

#### *Materiell*

Denne gruppen omfatter enhver binding med hensyn til utfallet. Også innad her er det stor valgfrihet. Man kan binde seg til et endelig resultat (positivt eller negativt), men man kan også binde seg til å «medvirke til» eller arbeide for et resultat. Man kan binde seg til å legge ekstra stor vekt på allerede relevante momenter, ta bestemte elementer i betraktning, ikke avvike fra et normalutfall uten sterke holdepunkter for det, eller at utfallet skal være bedre enn et visst minimum.

Vassfarvegen illustrerer at heller ikke «materieell binding» er noen absolutt størrelse. I saken deler Høyesterett seg 3-2 i tolkningen av det nærmere innholdet av tilsagnet som ble gitt av kommunen. Binding ble funnet å foreligge, men det var uenighet om den var så sterk som vegstyret mente. Førstvoterende, som talsmann for flertallet, oppfatter det slik at selv om Nes kommune ikke kunne ha lagt ned veien rett etter overtagelse, har de ikke forpliktet seg til mer enn å overta veien og drive den så lenge de ønsker<sup>36</sup>, og løser således problemet ved å tolke bindingen innskrenkende, mens mindretallet<sup>37</sup> synes å anlegge det synspunkt at kommunen var bundet til å vedlikeholde veien så lenge den dekket et offentlig behov, og at det dermed blir et spørsmål om avtalen representerte noen begrensning i kommunens adgang til å legge ned veien.

---

<sup>35</sup> Boe (1991) s.344

<sup>36</sup> Rt-2007-651-58

<sup>37</sup> Rt-2007-651-77 flg

I saken om fornyelse av konsesjon til P4 tok Sivilombudsmannen<sup>38</sup> opp spørsmålet om det nærmere innholdet i en binding. Der ble det funnet at et avtalepunkt om fornyelse av konsesjon riktignok inneholdt en binding, men at den var betinget – blant annet stod det at fornyelse ikke var garantert, men at det «vil være det normale». Sivilombudsmannen fant etter en vurdering av avtalepunktets sammenheng og ordlyd at det gav P4 «et rettslig fortrinn eller en rettsbeskyttet forventning av ikke uvesentlig styrke» om fornyelse, men ikke at det var en fullstendig binding.

### 2.1.3 Hvorfor er det viktig å avklare forvaltningens utsagn først?

Hvis vi tar utgangspunkt i Boes tredeling, kan vi si at det kun er materiell binding, og i hovedsak den strengeste formen, den ubetingede resultatforpliktelse, som er fruktbar som grunnlag for videre diskusjon om de materielle skrankene for binding. Det er her spørsmålet om og i hvilken grad forvaltningen i det hele tatt har adgang til å binde sin myndighet blir satt på spissen.

De andre, svakere bindingsformene vil ikke møte de motforestillingene den materielle resultatbindingen møter. De binder ikke forvaltningen like klart, og som regel vil omgjøringsadgangen være i behold. Å binde seg til en bestemt fremgangsmåte, å legge et bestemt faktum til grunn eller å legge sterk vekt på bestemte hensyn eller «å ikke stå i veien» utelukker ikke at det fattes et annet vedtak enn det den private part hadde håpet på, eller at et for den private part ønskelig vedtak senere blir omgjort. Forvaltningen har jo gjort det de lovet.

Hva forvaltningens utsagn nærmere går ut på beror på en tolkning av tilsagnet og de forhold som ligger til grunn for det. Dette er avtaletolkning, men med et skjerpet beviskrav. I denne vurderingen vil omstendighetene rundt tilblivelsen, samt det som uttrykkelig er sagt, tillegges mer vekt enn ved alminnelig avtaletolkning. Den private parts forventninger og forståelse av utsagnene vil tillegges mindre vekt. I en slik vurdering vil hva man binder seg til spille inn – jo mer vidtgående binding, jo strengere

---

<sup>38</sup> Somb-2003-76

krav til grunnlag og klarhet i uttrykket. Og der «bindingen» er kommer frem i så vage og ubestemte ordelag, eller er knyttet til slike usikre betingelser, at det er tvil om binding i det hele tatt forelå, vil den nok falle på presumsjonen mot at forvaltningen har ment å binde seg.

### **3 Materielle skranker for bindingen**

Når man har fastlagt at forvaltningen har ment å forhåndsbinde seg, og hva som ligger i bindingen, må vi først se om det i det hele tatt er åpnet for at forvaltningen kan binde seg ved avtale. Deretter må vi se på hvilke vilkår som stilles for denne adgangen, hvilke krav som stilles til avtalens og forhåndsbindingens nærmere innhold, og hvilke hensyn som må tas i skjønnet for at bindingen skal stå seg.

#### **3.1 Grunnlaget for bindingen**

Dersom forvaltningen skal fatte et vedtak, fordrer legalitetsprinsippet at det må foreligge hjemmel i lov. For alminnelige vedtak er denne hjemmelen å finne i den relevante særloven, men selv om det er en liten håndfull forvaltningslover som åpner for avtaler eller avtalelignende ordninger under bestemte vilkår<sup>39</sup>, er dette uvanlig. Flere forfattere avviser at den alminnelige skjønnsmessige kompetansen i seg selv omfatter forhåndsbinding<sup>40</sup>, og dette er også klart hvis man ser på hvordan Høyesterett har behandlet bindinger. Dersom også spørsmålet om binding skulle høre inn under forvaltningens frie skjønn, ville ikke forhåndsbindinger blitt overprøvd og avvist så ofte som de har. Hvor må man gå for å søke hjemmelen for forhåndsbinding da?

##### **3.1.1 Rettspraksis**

Flere tidligere saker<sup>41</sup> sveiper innom temaet, men omgår som regel de prinsipielle materielle spørsmålene ved å avvise, enten ved bortfortolkning eller på annet konkret grunnlag, binding og de komplikasjoner det medfører. De er dermed ikke så interessante for hva de sier som for hva de ikke sier. De avviser ikke forhåndsbinding direkte. Men det at dommerne «tolker bort» spørsmålet, viser at de er tilbakeholdne med å tillate det. I Mardøla-saken<sup>42</sup>, som gjaldt spørsmålet om Staten hadde forpliktet seg til ikke å bygge ut en foss, avviser ikke førstvoterende direkte at det kan være adgang til å forhåndsbinde myndigheten sin, selv om han reiser spørsmålet om det i det konkrete tilfellet er utelukket, uten å gå nærmere inn på det. Han nøyer seg med å slå fast at

<sup>39</sup> F.eks. Plan- og bygningsloven kapittel 18

<sup>40</sup> Bernt (1981) s.320, (Boe) 1993 s.813

<sup>41</sup> Se f.eks. Rt-1925-988, Rt-1929-529, Rt-1929-771, Rt-1931-1138, Rt-1931-1158 og Rt-1932-639, Rt-1971-228

<sup>42</sup> Rt-1973-107

«tungtveiende grunner taler mot at staten ved dispositive utsagn binder sin forvaltningsmyndighet for fremtiden, og at det derfor er en ganske sterk presumpsjon mot at staten er bundet.»<sup>43</sup> Utsagnene viser at på det tidspunktet var adgang til å forhåndsbinde forvaltningsmyndighet fremdeles ikke et avklart spørsmål (Overskjønnsretten, som førstvoterende sier seg «i vesentlige punkter» enig med, virker mer åpen for det enn Høyesterett<sup>44</sup>), og førstvoterende mener at hvis slik adgang fins, er den meget snever, og bevisbyrden tung. Overskjønnsrettens utsagn er interessante fordi de ligger nærmere Høyesteretts holdninger i den senere Fiskekvotedommen enn holdningen til førstvoterende.

Etter Mardøladommen kom blant annet Sandnesdommen, der binding ble anført som et av flere erstatningsgrunnlag for en endret reguleringsplan. At den eventuelle adgangen til forhåndsbinding var snever ble nok en gang slått fast, og anførselen om binding ble avvist<sup>45</sup>. I 1983<sup>46</sup> dukket spørsmålet opp i en litt underlig form: Der var det hevdet at det forelå usaklig forskjellsbehandling idet en søker som hadde fått avslag på en søknad om avkjørsel fra en riksvei, mente han hadde fått tilsagn om slik avkjørsel, og at alle de før ham som hadde fått slikt tilsagn, fikk også tillatelse til å bygge avkjørsel. I saken ble påstanden om at han hadde fått tilsagn avvist uten at Høyesterett går inn på prinsipielle spørsmål om bindende tilsagn, men Samferdselsdepartementet bekrefter langt på vei at de andre hadde fått tilsagn, og det virker som Høyesterett forutsetter at dette er mulig. Deretter ble det mer eller mindre stille i ti år, før det kom en dom som endelig kunne gi faste holdepunkter for diskusjonen om adgang til forhåndsbinding.

### ***Fiskekvotedommen Rt. 1992 s. 1235:***

Dommen handlet om erstatning for trålkvoter som et rederi mente seg berettiget til etter en ordning der man kvittet seg med båter mot å beholde båtenes kvoter. Rent konkret ble saken løst på foreldelsesgrunnlag, men Høyesterett gikk bevisst inn og tok for seg hovedanførselen om forhåndsbinding i et obiter dictum. Der gikk førstvoterende langt i å si at det er adgang for forvaltningen til å binde myndigheten sin ved avtale, og i

---

<sup>43</sup> Rt-1973-107 s.110

<sup>44</sup> Rt-1973-107 s.119-120

<sup>45</sup> Rt-1975-620 s.624

<sup>46</sup> Rt-1983-1290

forhold til tidligere uttalelser kan det synes å markere enn viss endring i Høyesteretts holdning til forhåndsbinding. Førstvoterende formulerte seg slik:

«Spørsmålet om i hvilken utstrekning staten kan gi tilsagn som binder framtidig utøvelse av forvaltningsmyndighet, er vanskelig. Jeg begrenser meg til å si at dette trolig kan stille seg noe forskjellig på de ulike forvaltningsområder. *Dersom det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme vedkommende hjemmelslovs formål*, har jeg vanskelig for å se avgjørende hensyn mot at det bør være adgang til, i atskillig utstrekning å binde utøvelsen av forvaltningsmyndighet gjennom avtaler eller tilsagn på spesielle områder. Dette er ikke ukjent i forvaltningspraksis<sup>47</sup>» (min kursivering).

Høyesterett gir et løst uttrykk for at det ikke trengs eksplisitt lovhjemmel for slike avtaler, men at det rettslige grunnlaget kan utledes fra den aktuelle hjemmelslov. Adgangen til å inngå avtaler kan med andre ord være implisitt.

Uttalelsen har to funksjoner. Den angir Høyesteretts argumenter for å akseptere forvaltningsavtaler på tross av betenkelighetene som har vært fremmet i tidligere saker, nemlig at de under omstendighetene kan være fleksible og spesielt godt egnede verktøy for å fremme formålet til en bestemt lov. Disse argumentene angir samtidig vilkårene for slik adgang. Vilårene er såpass generelle at de er åpne for tolkning:

#### *Anses nødvendig eller ønskelig*

«Eller» angir at dette er alternative vilkår. Det behøver ikke både være nødvendig og ønskelig. ,? Ordet «nødvendig» kan faktisk være så strengt at det må være utelukket at samme løsning kan oppnås ved den vanlige konstruksjonen påbud/forbud, ensidig vedtak og vilkår, men her kommer ønskelighetskriteriet til hjelp. Ut fra sammenhengen med «nødvendighet», skal det nok mer til enn den blotte bekvemmelighet, men samtidig kan det selvsagt ikke kreves like mye som etter nødvendighetskriteriet. At det etter en helhetsvurdering er flere holdepunkter for at en slik løsning vil ha fordeler, er kanskje nok til at det oppfyller kravet til ønskelighet.

Står det helt fritt for forvaltningen å bestemme hva som må «anses» nødvendig eller

---

<sup>47</sup> Rt-1992-1235 s.1240

ønskelig? Graver mener at det overlates til forvaltningens skjønn «et stykke på vei»<sup>48</sup>, en linje Øyehaug også følger<sup>49</sup>, men dette har fremdeles ikke blitt avgjort i en rettssak. Ordlyden indikerer at det til en viss grad er opp til forvaltningen, men området, kriteriene og den strenge praksis vil nok bety at skjønnets ikke er helt fritt. Om det fremmer lovens formål, men er på kant med en annen forvaltningslov, vil det vel måtte utvises forsiktighet, for eksempel. Sivilombudsmannen gir i en uttalelse i forbindelse med plan- og bygningsloven §17-4.5 et konkret eksempel på noe som ikke vil være «nødvendig eller ønskelig», nemlig å binde fremtidig reguleringsmyndighet i strid med nevnte bestemmelse<sup>50</sup>.

#### *For å fremme vedkommende lovs formål*

Det spørres om det må være lovens eksplisitt angitte formål. Ikke alle lover har formålsparagrafer, og mange lover kan ha andre formål enn de som er eksplisitt nevnt, eller kan tjene flere formål enn opprinnelig tiltenkt. Det kan kanskje være akseptabelt å også tilgodese hensyn som er i «lovens ånd» dersom man er forsiktig med hvor langt man innfortolker formål i loven. Øyehaug mener ihvertfall at det må skilles mellom hovedhensynene loven skal fremme og andre hensyn<sup>51</sup>.

Hvis avtalen eller tilsagnet ikke strider mot lovens formål er det ikke ønskelig *for* å fremme hjemmelslovens formål, men det er den ønskelige måten å fremme hjemmelslovens formål, idet den fører med seg fordeler på andre områder. For eksempel at man på denne måten får den private part til å strekke seg lenger, eller fremmer en annen lovs formål, uten å være i strid med hjemmelsloven. Dette kan muligens være en relevant betraktning noen ganger, for eksempel tilsier integrasjonsprinsippet at miljøhensyn er noe man skal ta i betraktning på alle forvaltningsområder, selv om det ikke er eksplisitt nevnt<sup>52</sup>. Dog er det nok begrenset hvor langt hensyn fra andre lover kan tillegges vekt på selvstendig grunnlag – Høyesterett sier eksplitt «*for* å fremme». Øyehaug mener at det må være hovedformålet

---

<sup>48</sup> Graver (2007) s.246

<sup>49</sup> Øyehaug (1998) s.69

<sup>50</sup> SOM-2009-2897

<sup>51</sup> Øyehaug (1998) s.67

<sup>52</sup> Grunnloven § 110b, Bugge (2006) s.66

med loven som fremmes<sup>53</sup>. Dersom et vedtak hadde fremmet hjemmelslovens formål bedre, kan man ihvertfall ikke påberope deg Fiskekvotedommen til fordel for en avtale som fremmer andre formål<sup>54</sup>.

#### *På spesielle områder*

Sett i forhold til uttalelsen om at det «stiller seg noe forskjellig på de forskjellige forvaltningsområder», kan det virke som det menes spesielle forvaltningsområder, men det kan også bety mer, for eksempel spesielle typer myndighet, spesielle områder innenfor et forvaltningsområde eller spesielle livsområder, snarere enn forvaltningsområder. Uten en nærmere klarifisering er det kanskje mest naturlig å anta at det menes en blanding av alle disse, ut fra en konkret vurdering, og at denne uklarheten nærmest er bevisst. Øyehaug ser dette momentet i sammenheng med Eckhoff/Smiths synspunkt om hvor vidtgående bindingen er<sup>55</sup>.

#### **Obiterproblematikken**

Fordi Høyesteretts innstilling til forhåndsbinding fremkom i et obiter dictum, var det ikke gitt at linjen skulle bli fulgt opp senere. Etter Fiskekvotedommen kom det en dom der gyldig forhåndsbinding rett og slett ble forutsatt, men bindingen hadde ingen betydning for utfallet av saken (betingelsene for å gjøre bindingen gjeldende var ikke oppfylt)<sup>56</sup>. Deretter kom det en dom der det ble anført av to kommuner at fraskrivelse av konsesjonskraft var en uakseptabel forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet<sup>57</sup>. I den saken mente Høyesterett at kommunene hadde bundet seg til å gi avkall på konsesjonskraft, men de går ikke nærmere inn på om dette faktisk var forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet eller om det falt inn under den alminnelige avtalefrihet. Fiskekvotedommen ble heller ikke nevnt. Flere mente likevel at Høyesteretts uttalelse i Fiskekvotedommen måtte tillegges mer vekt enn et alminnelig obiter dictum, idet dommerne bevisst hadde tatt stilling til et spørsmål som ikke var nødvendig for sakens utfall<sup>58</sup>, og både Sivilombudsmannen og teoretikere grep fatt i uttalelsene som

---

<sup>53</sup> Øyehaug (1998) s.66

<sup>54</sup> Boe (2004) s.517

<sup>55</sup> Øyehaug (1998) s.67

<sup>56</sup> Rt-1993-268

<sup>57</sup> Rt-1995-336

<sup>58</sup> Boe (2004) s.517 og note 2, Øyehaug (1998) s.65



utgangspunkt for sine drøftelser om emnet.

***Vassfarvegen, Rt. 2007 s. 651***

I 2007 ble det mer klarhet rundt Høyesteretts holdning til forhåndsbinding, og retten tok igjen opp tråden fra Fiskekvotedommen. Spørsmålet i dommen, om Nes kommune kunne gå fra vedlikeholdet av Vassfarvegen, var ifølge førstvoterende avhengig av to ting: I hvilken grad kommunen har adgang til å binde sin fremtidige bevilgningsmyndighet på avtalerettslig grunnlag, og dernest hvilke krav som må stilles til det eventuelle avtalegrunnlaget. Førstvoterende uttaler at «Disse spørsmålene henger sammen».<sup>59</sup> Her hører man ekko av Mardøladommen, selv om det der ble vist til en litt annen sammenheng.

Deretter nevner førstvoterende to hovedbetenkeligheter som gjør seg gjeldende når en kommune vurderer å forhåndsbinde myndigheten sin. For det første kan de faktiske forhold forandre seg, eller det kan komme frem nye opplysninger som kommunen ikke var kjent med da tilsagnet ble gitt, slik at for eksempel kommunens utgifter øker mye mer enn forutsatt. De politiske prioriteringene kan også ha endret seg. Forhåndsbinding vil kunne vanskeliggjøre en politisk kursendring, og kan slik være «en begrensning for demokratiet»<sup>60</sup>. Han slår fast, og slutter seg til, at domstolene har vært tilbakeholdne med å akseptere forhåndsbinding nettopp på grunn av slike betenkeligheter.

Førstvoterende åpner likevel for forhåndsbinding. Han gjentar Høyesteretts utsagn fra Fiskekvotedommen, og sier at avgjørelsen «må bero på en avveining av forvaltningens interesse i til enhver tid å kunne forvalte offentlig myndighet og offentlige midler til beste for fellesskapet, og behovet for å kunne oppnå ønskede målsetninger eller løsninger ved å binde fremtidig myndighetsutøvelse.»<sup>61</sup> Den nærmere tolkningen av vilkårene i Fiskekvotedommen vil også bli påvirket av en slik avveining.

Sivilombudsmannen legger i en uttalelse fra 1997 også til grunn at forutsetningen for

---

<sup>59</sup> Rt-2007-651-40

<sup>60</sup> Rt-2007-651-41

<sup>61</sup> Rt-2007-651-42

forhåndsbinding er at loven gir adgang til slik binding. Det presiseres at «også uten uttrykkelig hjemmel i lov kan det være en viss adgang til slik forhåndsbinding av offentlig myndighetsutøvelse»<sup>62</sup>.

### 3.1.2 Teori mv.

Stort sett alle forfattere er enige i at det ikke kan sies så mye generellt om adgangen til forhåndsbinding. Kun en bok<sup>63</sup> nevner den siste Høyesterettsdommen om Vassfarvegen. Det kan hende at den, sett i sammenheng med Fiskekvotedommen, gir også teoretikerne et bedre grunnlag for å avgjøre spørsmålet. Mange forfattere anlegger en helhetsvurdering av bindingens grunnlag og rekkevidde når de vurderer de materielle spørsmålene rundt forhåndsbinding. I praksis vil dette også være fornuftig, men for oversiktlighetens skyld er oppgaven strukturert slik at spørsmålet om de materielle skrankene for forhåndsbinding er delt i grunnlaget for forhåndsbindingen, som diskuteres her, og rekkevidden for forhåndsbindingen, som diskuteres under. Derfor vil bare en del av teorien presenteres her, og resten i 3.2.2

#### **Fritt skjønn en forutsetning?**

Alle forfatterne åpner for forhåndsbinding av skjønnsmessig kompetanse<sup>64</sup>. Flere avviser at forvaltningen kan binde seg til en løsning av rettsspørsmål<sup>65</sup> og gjør det til en forutsetning at forvaltningen har frihet til å avgjøre om vedtaket skal gis.

Det er enighet om at forvaltningen ikke gyldig kan binde seg til noe som avviker fra loven. Strengt lovbundet kompetanse oppretter sine egne regler: enten har man krav på ytelsen, eller så har man ikke det. Å avtale et annet resultat enn lovens ville bryte mot lex superior-prinsippet<sup>66</sup>, eller som Hov sier: «at en avtale om binding av forvaltningsmyndighet ikke kan være i strid med lov, må være helt selvsagt»<sup>67</sup>. Men Hov sier at der vilkårene for utfallet er oppfylt, er det ikke noe i veien for at myndighetene binder seg til å fatte vedtaket i en avtale<sup>68</sup>. Øyehaug er prinsipielt imot

---

<sup>62</sup> SOM-1997-65

<sup>63</sup> Lie (2008) s.247

<sup>64</sup> Se f.eks. Eckhoff/Smith (2010) s.443, Boe (1993) s.813, Frihagen (1991) s.304

<sup>65</sup> Graver (2007) s.243, Boe (1993) s.813, Eckhoff/Smith (2010) s.443

<sup>66</sup> Boe (1993) s.813

<sup>67</sup> Hov (2002) s.418

<sup>68</sup> Hov (2002) s.418

dette, og mener at det vil være uheldig om forvaltningen skulle miste muligheten til å ombestemme seg – selv om den løsningen de har bundet seg til rent faktisk var den riktige løsningen<sup>69</sup>.

Vanskeligere er det der lovens vilkår er bevisst vage og uklare så flere subjekter eller situasjoner kan falle innenfor. Dette er ikke særlig inngående drøftet hos noen – Øyehaug mener at en avtalebinding ved et så snevert område for fritt skjønn vil være «relativt upraktisk»<sup>70</sup>. Når Eckhoff/Smith avviser binding vedrørende løsningen av rettsspørsmål innbefatter det antageligvis binding til en bestemt tolkning eller subsumsjon, men det problematiseres ikke<sup>71</sup>. Frihagen mener at det «neppe er grunnlag for å anta at det generelt ikke kan gis» tilsagn om rettsanvendelse og lovtolkning i konkrete situasjoner – men han mener at bindingen kanskje må være svakere og det er et større behov for varsomhet ved slik binding<sup>72</sup>.

Hovedinnvendingen mot binding av løsningen på rettsspørsmål er at forvaltningen kan binde seg til en løsning som viser seg å være rettslig uholdbar<sup>73</sup>. For spørsmålet om tolkning av lovens vilkår har dette adskillig vekt – en uholdbar tolkning vil kunne føre til et ulovlig resultat. De mothensyn som gjør seg gjeldende ved tolkningen gjør seg også gjeldende ved subsumsjonen – særlig der resultatet avviker fra det normale. Ved anvendelsen av et vagt vilkår i loven henger tolkning og subsumsjon sammen. Hvis forvaltningen binder seg til å vurdere det slik at et vilkår er oppfylt, legger det til en viss grad føringer på tolkningen av vilkåret.

### **Høy terskel for binding**

Selv om vi legger til grunn at det som skal bindes er gjenstand for fritt skjønn, er det ikke nok, det skal mer til. Jo Hov hevder at det skal mye til for at forvaltningen skal kunne binde myndigheten sin ved avtale. Hov postulerer at reglene om omgjøring etter frvl. § 35 ikke vil kunne komme til anvendelse på en slik avtale<sup>74</sup> - om han har grunnlag

---

<sup>69</sup> Øyehaug (1998) s.49

<sup>70</sup> ibid s.50

<sup>71</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.443

<sup>72</sup> Frihagen (1991) s.306

<sup>73</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.443

<sup>74</sup> Hov (2002) s.413

for den påstanden skal drøftes senere - og at det dermed skal mye til for at man kan binde forvaltningen på denne måten. Han sier at det må foreligge et «særlig rettslig grunnlag» for dette<sup>75</sup>. Hov er kanskje den mest avvisende av forfatterne, sammen med Fleischer<sup>76</sup>.

Andre er mindre avvisende, men tolker rettspraksis dit hen at det skal mye til før forvaltningen kan binde seg – det er slett ikke fri tilgang til å gi tilsagn om offentlig myndighetsutøvelse<sup>77</sup>. Boe<sup>78</sup> trekker først og fremst frem det faktum at den diskresjonære kompetansen skal fremme samfunnsinteresser, altså brukes til det beste for samfunnet, ikke fremme forvaltningens eller den enkelte borgers særinteresser. Et spørsmål som særlig Bernt<sup>79</sup> drøfter inngående, er hvorvidt det rettslige grunnlaget for slik binding kan være implisitt. Høyesterett, først med Fiskekvotedommen, og deretter i Vassfarvegen, synes som nevnt å legge dette til grunn. Lie mener på bakgrunn av Fiskekvotedommen at hvorvidt forvaltningen kan forhåndsbinde myndigheten sin beror på en tolkning av det aktuelle kompetansegrunnlaget, der man må «støtte seg til alminnelige regler for lovtolkning»<sup>80</sup>.

Frihagen går lenger enn de andre i å si at der det først og fremst er tale om en intern interesseavveining, bør forvaltningen gis et bredt spillerom for selv å avgjøre om de skal binde forvaltningsmyndigheten sin. Der det er tredjeparter med i bildet, legger han seg på samme restriktive linje som andre. Det sies videre at forhåndstilsagnet må både bygge på saklige hensyn og vareta lovens formål, men i tillegg må selve det å gi forhåndstilsagn være i samsvar med lovens formål<sup>81</sup>. Mye av det Frihagen sier ligner på de uttalelsene Høyesterett kom med i forbindelse med Fiskekvotedommen, men det er ingen indikasjon i dommen på at Høyesterett tiltrer Frihagens tenking, eller at det er her tankene er hentet fra.

---

<sup>75</sup> Ibid. s.414

<sup>76</sup> Fleischer (1992) s.300-303

<sup>77</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.448, Graver (2007) s.246, Boe (1993) s.813

<sup>78</sup> Boe (1993) s.813

<sup>79</sup> Bernt (1981) s.42 flg.

<sup>80</sup> Lie (2008) s.247

<sup>81</sup> Frihagen (1991) s.305

På bakgrunn av førstvoterendes uttalelser i Vassfarvegendommen, drøfter Lie om førstvoterende mener at det i tillegg må stilles krav om at det offentlige er klar over at de står overfor en forhåndsbindingssituasjon, og tar i betraktning de mange mothensynene. Han spør om en gyldig forhåndsbinding muligens må inneholde «en vurdering av ulempene (...) og en tydelig stillingtagen til spørsmålet om offentlig myndighet skal bindes opp»<sup>82</sup>. De reelle hensynene som taler mot forhåndsbinding, tilsier at forvaltningen ikke skal kunne inngå en forhåndsbinding ved slump. Det kan således være et krav at de visste hva de gjorde. Men det er mulig han går for langt i sitt andre poeng. At det skal komme klart til uttrykk, er nok ikke et materielt vilkår i seg selv. På den annen side vil en klar vurdering bidra til at tilsagnet kanskje ikke blir felt alt på tolkningen, for selv om den underliggende tvilen om de har tenkt gjennom bindingsspørsmålet kan gjøre bindingen ugyldig, er det mer sannsynlig at mangelen på klart uttrykk vil føre til at utsagnet tolkes slik at binding ikke er inngått.

### **Den skjønnsmessige vurderingen**

Et spørsmål er om forvaltningen i det hele tatt kan foregripe utfallet av den skjønnsmessige vurderingen? Øyehaug legger til grunn at dersom den aktuelle hjemmelsloven pålegger en plikt til å foreta en løpende vurdering av hvordan deres myndighet skal benyttes (som eksempel nevner han planregulering), kan man ihvertfall ikke binde seg på en slik måte at denne plikten brytes<sup>83</sup>. Også der loven ikke innebærer en slik plikt, må man være forsiktig. Når et av hovedargumentene mot binding er nettopp det at forvaltningen har behov for å ombestemme seg ved nye fakta eller politiske endringer, er det desto mer betenkelig om forvaltningen skulle ha adgang til å forhåndsbinde sin myndighet uten best mulig vurderingsgrunnlag og å foreta et så balansert skjønn som mulig på avgjørelsestidspunktet.

Frihagen mener at et vilkår for binding må være at «situasjonen ansees såpass klarlagt at det er forsvarlig (...), sett i sammenheng med de praktiske behov for parten og de berørte samfunnsinteresser som rettsreglene på området skal vareta.»<sup>84</sup> Boe mener at det

---

<sup>82</sup> Lie (2008) s.256

<sup>83</sup> Øyehaug (1998) s.51

<sup>84</sup> Frihagen (1991) s.304

er lettere å akseptere en binding som har vært gjenstand for skikkelig saksbehandling<sup>85</sup>. De kravene man i retten og teorien stiller til en bred og konkret vurdering av forhåndsbindingen, inkluderer at de mothensyn som ville gjort seg gjeldende ved et normalt skjønn, og som man er klar over på tidspunktet for forhåndsbindingen, tas med. Å overse slike hensyn ville i tillegg stille forvaltningen åpen for anklager om myndighetsmisbruk.

Når man først åpner for å foregripe et vedtak, enten ved forhåndsbinding eller forhåndsvedtak, kan man ikke kreve at forvaltningen skal «spå» absolutt alle faktorer som kan være relevante i fremtiden. En forutsetning for å kunne foreta et etter forholdene forsvarlig skjønn må likevel være at dette er et område der rammene og vurderingselementene holder seg relativt uendret over tid. Dette kan ligge i Høyesteretts «spesielle områder»- kriterium<sup>86</sup>, og Eckhoff/Smiths vektlegging av stabiliteten på området<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Boe (1993) s.814

<sup>86</sup> Rt-1992-1235 s.1240

<sup>87</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.443

### 3.2 Forhåndsbindingens rekkevidde

Når vi har klarlagt adgangen til forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet, må vi se nærmere på reglene for forhåndsbindingens innhold og rekkevidde. De to henger uløselig sammen. Rekkevidden i den påståtte forhåndsbindingen vil ha vesentlig betydning for vurderingen Høyesterett forutsetter at man må foreta av forholdet til lovens formål samt de fordeler man håper å oppnå mot de betenkelighetene som henger ved forhåndsbinding. Motsatt vil hjemmelsgrunnlaget ha stor innvirkning på hvilken rekkevidde bindingen kan ha. Som nevnt tidligere, er det sannsynligvis noen ting man uansett ikke vil kunne binde forvaltningen til i en avtale.

#### 3.2.1 Rettspraksis

Grensene for hva en forhåndsbinding kan inneholde, fins det lite konkret veiledning om i rettspraksis. I Fiskekvotedommen gir Høyesterett<sup>88</sup> en viss veiledning. Selv om vilkårene for å vurdere å binde forvaltningens myndighet er oppfylt, er det ikke ubegrenset adgang likevel. Er vilkårene oppfylt, mener Høyesterett at det bør være «adgang til, i adskillig utstrekning» å binde myndigheten.

Som med første ledd i førstvoterendes obiter dictum ligger en viss semantisk usikkerhet her. Utsagnet kan forstås på minst tre måter:

*Adgang til å binde myndighet i adskillig utstrekning*

Når vilkårene er oppfylt, kan man binde myndigheten sin langt på vei, men det fins grenser for hvor langt man kan gå/hva man kan love, uansett hvor nødvendig eller ønskelig det er.

*I adskillig utstrekning adgang til å binde myndigheten*

Selv om vilkårene er oppfylt, er det normalt, men ikke alltid, adgang. Aspekter som hvilket forvaltningsområde/livsområde man er på bestemmer om det likevel ikke skal være adgang.

*Begge deler*

Det er ikke unaturlig å tro at dette er diffust nettopp fordi Høyesterett mente begge tilfellene – altså at både rekkevidden av bindingen og område det bindes på spiller inn.

---

<sup>88</sup> Rt-1992-1235

Vassfarvegen ser ut til å være et utslag av denne siste tankegangen, at det beror på en helhetsvurdering av område, rekkevidde og andre faktorer. Førstvoterende presiserer at bindingen må holdes innenfor forsvarlige rammer<sup>89</sup>, og at hvor langt forvaltningen kan gå vil avhenge av det aktuelle forvaltningsområdet. Det synes i den konkrete saken ikke tvil om at det ble gitt et gyldig forhåndstilsagn da kommunen vedtok å overta veien, og at dette også ble oppfylt. Det vesentlige var det nærmere innholdet i forpliktelsen.

Selv om det foreligger dissens om det nærmere innhold i forpliktelsen, er Høyesterett enstemmig i at en kommune ikke kan inngå en evigvarende forpliktelse til å opprettholde en vei som kommunal vei<sup>90</sup>. Men hvor den øvre grensen ellers går, vil nok bero på en konkret vurdering fra sak til sak. Førstvoterende reserverer seg mot å gå nærmere inn på det, idet han tolker bindingen innskrenkende.

### 3.2.2 Teori mv.

Bygningslovutvalget uttrykker at gyldigheten av en forhåndsbinding må bero på en konkret vurdering, der det bl.a. må legges vekt på hjemmelslovens formål, hvor vidtgående og langvarige bindingen er, og om forholdet er ekstraordinært<sup>91</sup>. Utvalget legger til at «Forhåndsbinding vil således kunne være spesielt betenkelig når det ikke er samme samfunnsinteresser som "ofres" (...) som de som tilgodeses gjennom avtalen (...)» I en uttalelse i 1997 gir Sivilombudsmannen uttrykk for noe tilsvarende<sup>92</sup>. Begge disse uttalelsene belyser forholdet mellom adgangen til å forhåndsbinde forvaltningen (lovgrunnlaget og forvaltningsområdet) og forhåndsbindingens nærmere innhold.

Jo Hov angir en øvergrense alle kan være enige om: binding av den skjønnsmessige kompetansen er undergitt «de samme generelle skranker som annen forvaltningsmyndighet»<sup>93</sup>. Øyehaug forstår Fiskekvotedommen slik at adgangen til forhåndsbinding beror på en totalvurdering, der blant annet oversiktighet,

---

<sup>89</sup> Rt-2007-651-42

<sup>90</sup> Rt-2007-651-43+79

<sup>91</sup> NOU 2003:24 s.146

<sup>92</sup> SOM-1997-65

<sup>93</sup> Hov (2002) s.418, samme Øyehaug (1998) s.69



forpliktelsesens art, og tidsmomentet har betydning<sup>94</sup>. Eckhoff/Smith<sup>95</sup> indikerer at bindingsadgangen vil avhenge, blant annet av hvor langsiktig og omfattende bindingen er, og hvor ustabile forholdene er på vedkommende felt. Ut fra denne tankegangen menes det at det må være mindre betenkelig å binde vedtakskompetansen enn forskriftskompetansen, og mindre betenkelig å binde seg til å bruke kompetansen på en bestemt måte enn til å avstå fra å bruke kompetansen<sup>96</sup>. Geir Woxholth sier seg enig i dette<sup>97</sup>. Som eksempel på et område der han mener Høyesterett vil være tilbakeholdne med å åpne for forhåndsbinding, nevner Markus Lie planreguleringsområdet<sup>98</sup>. Av alle forfatterne som er nevnt her, er det kun Eckhoff/Smith som siteres i de seneste Høyesterettsavgjørelser. Det trenger ikke bety at Høyesterett bevisst har lagt seg på deres linje, men resultatet er uansett at det er Eckhoff/Smiths syn som hittil har fått gjennomslag i det lille vi har av rettspraksis.

Boe føyer til at muligheten til å forhåndsbinde forvaltningens myndighet påvirkes av hvor bredt og uoverskuelig skjønnet er, hvor viktig myndighetsformen er, størrelsen på vederlaget og sammenhengen mellom samfunnshensynene som ofres og fordelene som vinnes ved avtalen. Å binde seg til ikke å gripe inn anser også Boe som mer betenkelig enn det motsatte<sup>99</sup>. Det harmonerer med kriteriet «nødvendig for å fremme lovens formål» - det vil være vanskeligere å si at å binde seg til ikke å fatte et bestemt vedtak «fremmer lovens formål» enn det er å si det samme om å binde seg. Det kan likevel tenkes unntak, for eksempel der man etter en vernelov kan oppnå en bedre (og for kommunen billigere) løsning ved å love å ikke ekspropriere. Å få til et frivillig vern mot et løfte om ikke å ekspropriere fremmer jo loven bedre enn å beholde trusselen om en ekspropriasjon man ikke har råd til, men ikke oppnå vern.

### 3.2.3 Motytelsesens betydning

Forvaltningen må altså foreta en konkret vurdering av hvorvidt den skal binde sin myndighet i et gitt tilfelle<sup>100</sup>. Spørsmålet er om utsikten til motytelser kan ha betydning

<sup>94</sup> Øyehaug (1998) s.67 flg.

<sup>95</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.443 flg.

<sup>96</sup> Ibid. s.442 og 448

<sup>97</sup> Woxholth (1999) s.155

<sup>98</sup> Lie (2008) s.242

<sup>99</sup> Boe (1993) s.814

<sup>100</sup> Øyehaug (1998) s.69

for denne vurderingen. Særlig i forbindelse med kriteriet «ønskelig» fra Fiskekvotedommen og Vassfarvegens brede avveining, er det naturlig å spørre i hvor stor grad motytelsene er relevante. Det har en side både mot spørsmålet om motytelsene utvider adgangen til å binde seg, og om de utvider hva man kan binde seg til.

Frihagen mener at det offentliges interesse i å få en motytelse gjør at myndighetene «i noe større grad enn ellers» kan forhåndsbinde myndigheten sin<sup>101</sup>. I forbindelse med spørsmålet om kompetanse til å binde seg, sier Frihagen at siden adgangen til å forhåndsbinde forvaltningsmyndighet i stor grad er ulovfestet, og overlatt til forvaltningens eget skjønn, «må [det] antas at myndighetene gjerne har en noe videre adgang til å binde seg der det er et ledd i en avtale med gjensidige ytelser, slik at lovens formål fremmes eller i hvert fall varetas på denne måte»<sup>102</sup> - et utsagn som henleder tankene til Høyesteretts utsagn. Han støtter ikke utsagnene sine noe sted med eksempler eller kilder, det virker som det er hans personlige vurdering.

Graver imøtegår Frihagens tese om at motytelser utvider adgangen, og mener at det er uklart om det er «holdbart generelt sett»<sup>103</sup>. Han trekker frem kravene til saklig sammenheng, saklighet og nøytralitet, usaklig forskjellsbehandling og andre samfunnsmessige hensyn som faktorer som setter grenser for hvilke motytelser det er relevant å ta i betraktning. Altså er det usikkert i hvilken grad motytelser i det hele tatt kan utvide adgangen til å forhåndsbinde myndigheten, og ihvertfall er det begrenset hvilke motytelser som kunne utvide adgangen til forhåndsbinding. En annen innvending: dersom en ressurssterk privat part kan tilby motytelser forvaltningen ellers ikke ville hatt krav på i bytte mot et positivt vedtak, kan det tenkes at det medfører en slags «systemsmøring»<sup>104</sup>, der den som har noe å tilby forvaltningen lettere får viljen sin enn den som ikke har det.

Det er ikke sikkert at uenigheten mellom Frihagen og Graver er så stor likevel. Frihagen vedgår at det er «vanskelig å vurdere hvor langt det er riktig å gå i å legge vekt på

---

<sup>101</sup> Frihagen (1991) s.326

<sup>102</sup> Frihagen (1991) s.342

<sup>103</sup> Graver (2007) s.241

<sup>104</sup> Mer om systemsmøring, se Boe (2008) s.221-235

motytelser den private gir» når man skal bestemme seg for utøvelsen av offentlig myndighet, og spør «hvor langt offentlige interesser bør ansees til hinder for at det treffes offentligrettslige vedtak i forbindelse med overenskomster og avtaler, i og med at det lett gir et utgangspunkt som kan antyde en viss balanse mellom ytelsene.»<sup>105</sup> En pekepinn gis: Kontanter holder ihvertfall ikke , og dette virker øyeblikkelig fornuftig – en ren økonomisk motytelse vil uansett ha en ubehagelig eim av smøring, til og med korrupsjon, over seg. Også Bygningsrådutvalget legger merke til at Frihagen mener at muligheten for motytelser kan utvide adgangen til binding, men at dette er omstridt<sup>106</sup>. Øyehaug noterer uenigheten, og bemerker at de alminnelige grensene for adgangen til motytelser gjelder her og, men mener at Frihagen kan ha et poeng der motytelsene er «saklig begrunnet» og i «særlig grad» er egnet til å fremme lovens formål<sup>107</sup>.

Et eksempel kan være en etableringsavtale der forvaltningen lover å gi utslippstillatelse. Dersom bedriften som en del av avtalen lover tiltak som vil bidra til å minske effekten av utslippene, eller vil bidra til miljøvernet og bekjempelse av forurensning på annen måte, vil man antageligvis kunne tillegge disse motytelsene mer vekt enn dersom bedriften forplikter seg til å skape et visst antall arbeidsplasser og/eller bygge infrastruktur.

### 3.3 Oppsummering

Det har lenge vært antatt at det fins en ulovfestet adgang til å binde forvaltningens myndighet som et ledd i en avtale. Grunnlaget for slik binding må, som Høyesterett har vist, utledes fra rettsgrunnlaget for det aktuelle vedtaket. Den kan altså være implisitt, og baseres på blant annet formålsbetraktninger og lovens system, samt karakteren av det rettsområdet det gjelder. Det kreves at forhåndsbinding både er i tråd med den aktuelle hjemmelslovens formål, og i det konkrete tilfellet er egnet til å fremme formålet.

Om det i et bestemt tilfelle er rom for å binde forvaltningsmyndighet vil etter dette måtte baseres på en konkret avveining av disse elementene, bindingens innhold og rekkevidde, og behovet for å binde myndigheten på en slik måte opp mot

---

<sup>105</sup> Frihagen (1991) s.329

<sup>106</sup> NOU-2003-24 s.147

<sup>107</sup> Øyehaug (1998) s.68

betenkelighetene ved slik binding, både innenfor det aktuelle rettsgrunnlaget og generellt. Det som fremstår som ganske klart, er at man neppe kan binde seg til uholdbar eller ulovlig bruk av forvaltningens myndighet. Selve det man har bundet seg til ha vært mulig som et alminnelig vedtak. Derfor står man sikrere jo nærmere opp til dette man ligger. Dersom forvaltningen lar seg blende av de tilbudte motytelser, og ikke foretar en grundig selvstendig vurdering av det den forplikter seg til, vil normalt ikke vedtaket stå seg i retten. Et annet poeng av vesentlig betydning for hvor vid adgang det skal være til avtalebinding av forvaltningsmyndighet, er hvor langt muligheten til å omgjøre er avskåret.

Forvaltningen må vise at de har vurdert grunnlaget for og rekkevidden av bindingen, men det er ikke i seg selv nok at forvaltningen har tenkt gjennom bindingsspørsmålet. De kan likevel med åpne øyne ha gått for langt i å binde seg der de ut fra hensynet til samfunnets beste bør være frie og ubundet frem til det konkrete tilfellet oppstår, og da indikerer de nyeste Høyesterettsdommene at man vil avvise til og med en klar og utvetydig binding, kanskje til og med der et alminnelig vedtak med samme innhold ville vært utvilsomt gyldig. At en slik binding kan føre med seg erstatningsansvar for berettigede forventninger, er en annen sak.

### 3.4 Forholdet mellom tolkning og de materielle skrankene for forhåndsbinding

En inndeling i «tolkning» og «materielle skranker» er en forenkling av hvordan forhåndsbinding behandles i virkeligheten. I praksis virker det som den konkrete prosessen domstolene går gjennom når de får forelagt et spørsmål om forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet ved avtale er en blanding av streng avtalesensur/tolkning og en områdespesifikk domstolskontroll av forvaltningen. For at binding skal stå seg materielt, stilles det som vist i tillegg til objektive krav til bindingens grunnlag og rekkevidde krav til forvaltningens vurdering av disse elementene – hvor «gjennomtenkt» bindingen er. For å undersøke dette, må man vurdere formuleringene i tilsagnet og prosessen som ligger til grunn for avgjørelsen. Den tolkningspresumsjonen mot binding som ble anlagt i tidligere rettspraksis, og det noe nedtonede (men fremdeles strenge) klarhetskravet som synes å være i ferd med å avløse det i nyere rettspraksis, er utslag av domstolenes ønske om å sikre at denne grundige vurderingen virkelig har blitt gjennomført.

Så lenge grunnlaget for en forhåndsbinding tolkes etter dagens praksis, vil det også i fremtiden være ganske sjelden at begrensningene i kompetansen til å inngå forhåndsbinding kommer på spissen. Det er vanskelig å si om den strenge tolkningen avskjærer den materielle vurderingen eller skjuler den, men i det man har av rettspraksis virker det slik at dersom Høyesterett etter denne tolkningsrunden kommer frem til at en eller annen binding foreligger, har de også akseptert den – som i Fiskekvotedommen (uendret, men obiter) og i Vassfarvegen (innskrenkende). Det er blitt påpekt at domstolene avpasser tolkningen etter det resultatet som ønskes<sup>108</sup>. Selv om dette kanskje ikke er så annerledes fra hvordan ting gjøres i privatretten<sup>109</sup>, betyr det at en ugyldig forhåndsbinding måtte være usedvanlig eksplisitt for å passere tolkningsnåløyet helt intakt og bli felt på at den var, nettopp, ugyldig.

Som regel vil nemlig en materiell svakhet vise seg ved en eller annen svakhet eller vaghet i formuleringen – for eksempel i Vassfarvegen, der man ikke hadde vurdert

<sup>108</sup> Øyehaug (1998) s.62, Bernt (1981) s.329

<sup>109</sup> Øyehaug (1998) s. 62

bindingstidens lengde. Det fins to måter å se dette på. Man kan si at utsagnene til sammen viser at forvaltningensorganet har ment å binde sin myndighet, men fordi det ikke har tenkt godt nok gjennom tilsagnet, eller det går for langt, må vi avvise bindingen. Eller man kan si at fordi forvaltningsorganet ikke med tilstrekkelig klarhet har vist at det har tenkt nøye gjennom bindingens grunnlag og rekkevidde, har det ikke ment å binde seg (eller binde seg så langt), selv om utsagnene isolert sett kan tyde på det. Da vil retten normalt stoppe der.

De lege ferenda kunne det være en fordel om man anla en mindre streng tolkning av forvaltningens utsagn, og heller avviste forhåndsbindinger på materielt grunnlag, som i det første eksempelet. Det ville ikke nødvendigvis medføre endringer i resultatet, men slik ville man få klarere frem rammene for gyldig forhåndsbinding, og kanskje unngå «spekulering» i vage formuleringer. Det kunne skape større forutsigbarhet og gjennomsiktighet, et gode både på det forvaltningsrettslige og avtalerettslige området.

## 4 Omgjøring

Si nå at det oppstår en situasjon der det er nødvendig eller ønskelig for forvaltningen å gå bort fra det avtalte. Hvilke muligheter har forvaltningen så til å gå bort fra den avtalte myndighetsbruken, eller til å gjøre noe de har forpliktet seg til å avstå fra, *uten at det er et avtalebrudd som utløser et krav på erstatning?*

### Et spørsmål om rettsområde

Et vesentlig spørsmål vi må ta stilling til for å avgjøre dette spørsmålet, er effekten av en eventuell avtaleform. Hva betyr det at et forhåndsbinding inngår i et kompleks av ytelser og motytelser som det er naturlig å kalle en avtale? Det fins tre alternative måter å se på spørsmålet om omgjøring: den avtalen som er overbygningen for vedtaket fortrenger de forvaltningsrettslige aspektene, det underliggende offentligrettslige grunnlaget slår gjennom uten forbehold, eller svaret må søkes i en blanding av offentligrettslige og privatrettslige regler.

Problemstillingen er, såvidt vites, kun blitt berørt i rettspraksis en gang, og det er mindretallets votum i Vassfarvegen-saken. Der gav mindretallet uttrykk for at: «Spørsmålet om kommunen står fritt til å nedlegge vegen, må løses på bakgrunn av den konkrete situasjon som foreligger. (...) Hvis vegen ikke lenger tjener sitt offentlige formål, eller hvis kommunens interesse i vegen er bortfalt, må kommunen således være berettiget til å nedlegge vegen som offentlig veg, med den følge det har for kommunens vedlikeholdsansvar»<sup>110</sup>. Dessverre gir dette ingen klare signaler på om den offentligrettslige eller privatrettslige sporet velges, det sies ikke eksplisitt, og både omgjøring etter ulovfestede regler om omgjøring til skade og de privatrettslige frigjøringsgrunnlagene forutsetter en konkret vurdering. Det virker mer naturlig å vurdere formuleringene («tjener sitt offentlige formål», «kommunens interesse», «berettiget til å legge ned») i et offentligrettslig lys enn som ledd i en diskurs om bristende forutsetninger eller en urimelighetsvurdering, der andre begrep hadde vært naturlig – spesielt ordet «urimelig». Førstvoterende unnlot å gå inn på spørsmålet, det var heller ikke nødvendig, idet han tolket Nes kommunes binding innskrenkende. Uten

---

<sup>110</sup> Rt-2007-651-79

en klarere beskjed fra Høyesterett, kan spørsmålet knapt sies å ha vært avklart i rettspraksis. Det er først og fremst i den juridiske teori at denne problemstillingen er blitt drøftet. Som vi skal se, er dette til en viss grad bare et spørsmål om innfallsvinkel. For de fleste teoretikerne blir konklusjonen ganske lik: omgjøringsspørsmålet for slike avtaler påvirkes av begge regelsett.



#### 4.1 Privatrettslige regler

Det mest vidtrekkende standpunkt er nok at pacta sunt servanda overgår alle forvaltningsrettslige regler. Dermed kan forvaltningen ingen omgjøring foreta uten at den er forenlig med en avtalerettslig frigjøringsgrunn. Bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 fungerer som frigjørings- eller modifieringsgrunn for alle rettssubjekter<sup>111</sup>. De er dermed et minste felles multiplum. Om vi skulle komme til at det ikke er adgang for forvaltningen å omgjøre etter forvaltningsrettslige regler, vil de kunne søke tilflukt i disse reglene. Det er uenighet, både i teorien og i praksis<sup>112</sup>, om det fins noe selvstendig rom for læren om bristende forutsetninger ved siden av avtalelovens § 36, men nettopp fordi uenigheten bunner i at disse to regelsettene stiller såvidt like krav, er ikke spørsmålet om nøyaktig hvilket kontraktsrettslig regelsett behovet for omgjøring bør behandles under en diskusjon det er nødvendig å gå inn på i denne oppgaven.

##### 4.1.1 Bristende forutsetninger

Læren om bristende forutsetninger åpner for at dersom de forutsetninger en part hadde ved avtaleinngåelsen, senere skulle svikte, vil parten under omstendigheten kunne fri seg fra avtalen. Det stilles tradisjonelt fire krav for at forutsetningssvikten skal gjøre at en part er ubundet av en ellers gyldig avtale<sup>113</sup>:

1. Forutsetningen må ha vært motiverende for løftegiveren – det vil si at man må kunne gå ut fra at han ikke hadde avgitt løftet dersom han hadde visst hvordan forholdene virkelig lå an eller ville utvikle seg. For eksempel at forvaltningen ikke hadde gitt seg ut på et vedtak med det innholdet om de hadde visst at samfunnsforholdene ville endret seg slik.
2. Forutsetningen må ha vært synbar – motparten forsto eller burde forstått at denne forutsetningen var motiverende for løftegiver.
3. Forutsetningssvikten må være vesentlig – det er en minimumsterskel for hvor viktig forutsetningen må ha vært.

---

<sup>111</sup> Påpekt av bl.a. Boe (1993) s.819

<sup>112</sup> Se f.eks. Hov (2002) s.89, Woxholth (2003) s.404, Rt-1999-922

<sup>113</sup> Se f.eks. Hov (2002) s.88-89

4. Forutsetningen må være relevant, med andre ord må det være rimelig at forutsetningssvikten gir parten rett til å gå fra avtalen.

#### 4.1.2 Avtaleloven § 36

Avtaleloven er en såkalt kontraktsrettslig generalklausul. I loven heter det: «En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende.»<sup>114</sup> Elementer man skal ta i betraktning ved vurderingen, vises til i bestemmelsens annet ledd: «Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.» For å få gjennomslag, må det være urimelig om vedtaket ble stående. Her vil særlig senere inntrådte forhold, partenes stilling og omstendighetene for øvrig (særlig forvaltningens spesielle samfunnsansvar) være vesentlige grunnlag for forvaltningens krav om avtalesensur.

#### 4.1.3 Kontraktsrettslige reglers gjennomslagskraft

Som vi ser, legger begge disse grunnlagene avgjørende vekt på en rimelighetsvurdering, der det må klar rimelighetsovervekt til for å gripe inn i og endre kontrakten. Det holder ikke bare at det er upraktisk eller uventet tyngende.

Jo Hov er ganske kategorisk i sin påstand om at forhåndsbinding ved avtale medfører en kontraktsrettslig plikt som utelukker omgjøring av vedtaket etter fvl. § 35<sup>115</sup>: «Skal forvaltningen bli kvitt den forpliktelse den påtok seg ved avtalen, må det foreligge en avtalerettslig ugyldighets-, hevning-, eller fritaksgrunn, f.eks. etter avtl. §36.»

Hov åpner likevel for at et forhåndsvedtak vil være regulert av forvaltningsloven, og dermed kunne omgjøre. Dette begrunner han med at et forhåndsvedtak vil være et forvaltningsvedtak, og dermed ha et annet rettslig grunnlag enn en kontraktsrettslig

---

<sup>114</sup> Avtaleloven §36

<sup>115</sup> Hov (2002) s.413

forpliktelse<sup>116</sup>. Hov opererer med en streng begrepsjuss som det kan spørres om det er grunnlag for. Han sier selv at skillet mellom avtalerettslig plikt og forhåndsvedtak er uklart<sup>117</sup>, og må bero på en tolkning av utsagnet som danner grunnlag for binding. Det spørs om bindingens nærmere form skal spille så stor rolle som Hov legger opp til.

På den strenge avtalerettslige linjen troner Hov i ensom majestet, men Frihagen mener at avtaleformen vil kunne begrense omgjøringsmulighetene. Han mener at «slikt tilsagn må gjerne ansees underforstått ved bruk av avtaleformen – særlig der dette naturlig går inn som ledd i en mer omfattende avtale med gjensidige ytelser og motytelser»<sup>118</sup>, men går ikke så langt som å si at det vil utelukke omgjøring etter forvaltningsrettslige regler helt.

Å anlegge dette synet på konsekvensene av avtalebinding reiser en del problemer, ikke minst hvordan man skal håndtere klager og lovpålagte omgjøringshjemler som de i forurensningsloven. Her fins det ingen tilfredsstillende svar. Er disse adgangene utelukket, slik at avtalen vil komme i strid med flere lover, eller er avtalen til tross for sin pretensjon om fullstendig binding full av unntak og hull? At Hov også er klar over disse problemene, er tydelig. Det er en konsekvens av dette standpunktet at han setter så snevre rammer for forvaltningens adgang til å inngå slike avtaler i utgangspunktet.

---

<sup>116</sup> l.c.

<sup>117</sup> l.c.

<sup>118</sup> Frihagen (1992) s.25

## 4.2 Offentligrettslige regler

Det andre alternativet er at hjemmelsgrunnlaget for bindingen overstyrer den avtalemessige overbygningen, slik at offentligrettslige regler i større eller mindre grad slår gjennom overfor behovet for forutsigbarhet i kontraktsforhold. Dette vil medføre at forvaltningen til en viss grad har adgang til å omgjøre. Selv ved et vanlig vedtak setter forvaltningslovgivningen skranker for hvor forvaltningens adgang til å gjøre om på et vedtak til skade for den private part.

Ved spørsmålet om omgjøring utenfor klagesak er det i hovedsak den ulovfestede omgjøringsadgangen etter § 35 siste ledd i.f. som gir grunnlag for utvidet diskusjon. Jeg skal likevel kort gjennomgå alle omgjøringsgrunnlagene i fvl. § 35, for å sette dem i sammenheng med en avtalestruktur. For noen kan avtalens og forhandlingenes natur i stor grad utelukke dem. Som Erik Boe sier, vil det å forhandle med utvidede omgjøringsadganger i bakhånd vil skape stor utrygghet for den private part<sup>119</sup>. Andre omgjøringsadganger vil uansett, som klage, ikke kunne avskjæres ved slik avtale.

### 4.2.1 Omgjøring som ikke er til skade for noen vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser, fvl. § 35.1.a

Det er verdt å merke seg at dette begrepet ikke er synonymt med partsdefinisjonen i § 2 litra e. Dermed vil normalt også de som ikke er part, men som er tilgodesett av vedtaket, kunne ha innvirkning på denne vurderingen, men det kan vi se bort fra i dette tilfellet. Fokuset i denne oppgaven begrenser nemlig kretsen av de personer det er relevant å ta betraktning til i ugunst-vurderingen til avtaleparten – endring til ugunst for andre enn avtaleparten, vil normalt ikke ha betydning for omgjøringsadgangen i forhold til avtalen.

Der forvaltningen har bundet sin myndighet som ledd i en avtale med gjensidige ytelser og plikter, som gjerne har blitt til som ledd i forhandlinger, kan det neppe tenkes at den myndighetsutøvelsen som er stipulert i avtalen er til noe annet enn gunst for den private part – ellers ville han ikke ønsket at det ble nedfelt i kontrakten. I alle tilfelle vil den

---

<sup>119</sup> Boe (1993) s.818

private part neppe ha noen motforestillinger til omgjøringen hvis det mot formodning skulle være slik at omstendighetene har endret seg slik at det avtalte vedtaket er til den private parts ugunst, for eksempel dersom den private part misforsto det opprinnelige vedtaket – og det er klart også etter alminnelige avtalerettslige regler at det må være adgang for partene til å endre avtalen dersom de er enige om det.

Det er likevel ikke helt utelukket at denne omgjøringsadgangen volder bry. Normalt er det lett å se om en endring er til gunst eller ugunst for avtaleparten, men det kan tenkes situasjoner der endringer er så kvalitativt annerledes at det er vanskelig å vurdere om de er til gunst eller ugunst for avtaleparten. Her vil hans eget syn på det måtte ha en betydning, såfremt det ikke er ugrunnet eller en svært triviell innvending<sup>120</sup>, og det at løsningen avviker fra det fremforhandlede må også være et moment som trekker sterkt i retning av at endringen er til ugunst dersom avtaleparten føler det slik. Det beste ut fra et forutsigbarhetssynspunkt er at der det oppstår tvil, er omgjøring på dette grunnlaget avskåret, altså en snevrere adgang enn lovens utgangspunkt.

#### 4.2.2 Omgjøring før vedtaket er kommet til den private parts kunnskap, fvl. § 35.1.b

Idet forvaltningen forplikter seg til å utøve myndigheten sin på en bestemt måte, man anta at «underretning» om det fremtidige vedtaket er kommet frem til den private part. Har den ikke gjort det, er det heller ikke akseptert av den private parten, og noen avtale kan ikke være inngått. Denne utvidede omgjøringsadgangen baserer seg på antagelsen at den private part ikke kan ta skade av omgjøring av et vedtak han eller hun ikke har hatt grunnlag for å innrette seg etter, og selv om vedtaket ikke er positivt foretatt enda, vil den private parten ha innrettet seg i og med forhåndsbindingen. Ved en kontrakt vil omgjøring av et vedtak som er fattet som ledd i kontraktsprosessen før kontrakten er ferdig sluttet, rett og slett bety at kontrakten faller bort, og dermed kommer ikke problemet på spissen i denne sammenheng (men det kan være et lojalitetskrav under slike forhandlinger som kan gi grunnlag for erstatning) og etterpå er det ingen tvil om at den private part har hatt grunn til å bygge på vedtaket.

---

<sup>120</sup> Bernt (2010) s.323

#### 4.2.3 Omgjøring som følge av at vedtaket er ugyldig, fvl. §35.1.c

Omgjøringen kan skje som et formellt skritt, der vedtaket er en nullitet, og et overordnet organ slår det fast for å skape klarhet i forholdet<sup>121</sup>. Da vil det formodentlig ikke skape problemer – en forhåndsbinding med et slikt innhold at det beskytter slike vedtak fra omgjøring, vil neppe kunne aksepteres av domstolene. Der vedtaket er angripelig, men ikke ubetinget ugyldig, derimot, vil avgjørelsen om å omgjøre et slikt vedtak, eller å ratihabere den, måtte bero på en vurdering. I den vurderingen må avtalen spille inn til fordel for å opprettholde vedtaket på tross av feilen, men kan ikke i seg selv redde vedtaket om hensynene for ugyldighet veier tyngre. Bernt mener at dersom vedtaket er truffet på grunnlag av ufullstendig eller uriktig informasjon, må man gå veien om denne ugyldighetsvurderingen, ikke de ulovfestede reglene, selv om spørsmålet vil måtte avgjøres på bakgrunn av samme interesseavveining i begge tilfelle<sup>122</sup>.

Dette gjelder om vedtaket lider av slike feil som etter alminnelige avtalerettslige prinsipper må eller kan føre til ugyldighet. Man kan spørre om det burde være adgang for forvaltningen å vurdere og avgjøre en forhåndsbindings materielle gyldighet etter de reglene som er skissert i kapittel 2 etter eget tiltak, og bruke det som grunnlag for å omgjøre etter denne regelen, eller om hensynet til den private part i dette særtilfellet er så sterkt at det skal være opp til domstolene å avgjøre om et slikt vedtak er gyldig.

#### 4.2.4 Omgjøring ovenfra, fvl. § 35.3

Denne omgjøringsadgangen volder litt vanskelighet. Den har vilkår som ligner på vilkårene for ulovfestet omgjøring, men vilkårene er mindre strenge, det kreves bare at «hensynet til andre privatpersoner eller offentlige interesser tilsier det»<sup>123</sup>. Bernt uttrykker<sup>124</sup> at «Lovgiver har tydeligvis ment å etablere en slags terskel for omgjøring på dette grunnlag, i form av et krav om klar *interesseovervekt* i favør av

---

<sup>121</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.329

<sup>122</sup> Bernt (2010) s.336

<sup>123</sup> Forvaltningsloven §35.3.1

<sup>124</sup> Bernt (2010) s.340

omgjøringsvedtaket.» Graver<sup>125</sup> mener at det ikke er snakk om vesentlig overvekt, det er «tilstrekkelig at endringen fremstår som den alt i alt beste løsning.» Eckhoff Smith sier også at det skal være videre omgjøringsadgang enn etter ulovfestede regler<sup>126</sup>. Til gjengjeld er det strenge fristregler. Denne adgangen faller bort om ikke melding om at vedtaket vil bli overprøvd er sendt den private parten innen tre uker etter at det ble sendt melding om vedtaket, og melding om at det er omgjort må sendes innen tre måneder. Det betyr at i realiteten må det overordnede organet ha bestemt seg for at omgjøring kan bli aktuelt innen tre uker.

Tre uker er ikke spesielt lenge. Fristen for å omgjøre forhåndsbindingen vil kan ha utløpt innen forhandlingene i sin helhet er avsluttet der den er del i en mer kompleks avtale. Der slik varsel faktisk sendes før forhandlingene er avsluttet, vil det være fornuftig å sette forhandlingene på is til vedtaksfristen er utløpt, dersom det er mulig. Lurt kan det uansett være å stipulere (eller kanskje det følger implisitt av denne omgjøringsadgangen) at avtalen ikke begynner å gjelde før treukersfristen er utløpt. Det spørs dermed hvor stor sjanse det er for at en slik omgjøring vil bli aktuell.

Erik Boe<sup>127</sup> mener at en avtale må avskjære denne vide omgjøringsretten, og mener at «avtalekompetansen innbefatter retten til å binde både seg og sine foresatte». Han innrømmer at det kan virke underlig, fordi et underordnet organ da binder sine overordnede myndigheter. Likevel mener han at dette må gå an, og begrunner det slik: «Partens stilling blir altfor utrygg dersom løftet eller avtalen skulle kunne omgjøres av overordnede organer som misliker tilsagnet.»

Eckhoff Smith, derimot, anlegger en annen holdning. Der sies det at en gjensidig forpliktende form vil gi vektige argumenter mot å godta omgjøring, men «det [kan] ikke antas at avtaleform m.v. helt avskjærer omgjøring innenfor de snevre tidsrammer som gjelder her»<sup>128</sup>. Bernt<sup>129</sup> avviser i sin avhandling om avtalebinding ikke omgjøring etter

---

<sup>125</sup> Graver (2007) s.549

<sup>126</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.335

<sup>127</sup> Boe (1993) s.818

<sup>128</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.335

<sup>129</sup> Bernt (1981) s.324-325

disse reglene, men slår fast at forhåndsbindingen vil måtte komme inn som et moment i vurderingen.

Bernt<sup>130</sup> mener at det er «tvilsomt» om domstolene vil overprøve den konkrete avveiningen som er foretatt etter fvl. § 35.3, utover å undersøke om det er foretatt en avveining etter lovens målestokk. Med andre ord overlates den konkrete avveiningen til det frie skjønn. Hensynet til forutsigbarhet og lojalitet i kontraktsforhold tilsier at det må være adgang for domstolene til å prøve hvorvidt forvaltningen kunne omgjøre, med de følger det fikk for kontrakten – ellers ville forvaltningen sitte med alle kortene, og forhandlingsposisjonene ville blitt veldig skjeve. Avveiningen om omgjøring etter den ulovfestede omgjøringsregelen er gjenstand for fullstendig domstolsprøving. Dermed taler sterke hensyn for at Boe har rett, og at denne utvidede omgjøringsadgangen bør være avskåret, spesielt dersom man kommer til at det fremdeles er adgang til å omgjøre etter de strengere ulovfestede reglene.

**4.2.5 Omgjøringsadgangen følger av annen lov, fvl. § 35.5 1. alternativ**  
Der omgjøringsadgangen følger av annen lov, for eksempel forurensningsloven, må omgjøringsadgangen sannsynligvis være i behold, men også der adgangen følger av hjemmelsloven. Forvaltningen kan ikke kontrahere bort en lovbundet omgjøringsadgang, med mindre loven selv åpner for det. En slik omgjøringsadgang vil også etter all sannsynlighet være et utslag av at lovgiver har vurdert omgjøringsspørsmålet for dette rettsområdet, og funnet ut at det er behov for at forvaltningen skal ha en lovfestet utvidet omgjøringsadgang her. Dette kan for eksempel ha grunnlag i at lovgiver et stykke på vei foretatt den vurderingen som det legges opp til etter de ulovfestede reglene i fvl. § 35.i.f., og kommet til at i det aktuelle samfunnsområdet kan tilstandene forandre seg såvidt raskt og ha såpass vidtrekkende konsekvenser at forvaltningen har behov for en utvidet omgjøringsadgang.

Jeg vil, som nevnt innledningsvis, ikke gå nærmere inn på hva som skjer dersom omgjøringsadgangen følger av ny lov eller forskrift, kanskje til og med gitt av samme

---

<sup>130</sup> Bernt (2010) s.340



forvaltningsorgan, og de spørsmål om tilbakevirkning og forskriftskompetanse som dette reiser, utover å nevne at å komme seg ut av et vedtak ved å gi en forskrift som opphever vedtaket (med mindre det er en utilsiktet konsekvens) neppe vil være akseptabelt etter alminnelige forvaltningsrettslige regler heller.

**4.2.6 Omgjøringsadgangen følger av vedtaket selv, fvl. § 35.5 2. alternativ**  
Dersom omgjøringsadgangen følger av vedtaket, var enten vedtaket i sin form illojalt og et brudd på avtalen i seg selv, eller så var det også forutsatt og tatt høyde for i avtalen at vedtaket kunne omgjøres, evt. under nærmere vilkår – og dermed oppstår ingen problemer. Også rent privatrettslige avtaler kan ha klausuler som bestemmer at de under nærmere vilkår vil tre ut av kraft, og regulerer konsekvensene av det.

Noe annet er at et slikt forbehold ikke ubetinget gir kompetanse til å omgjøre. Det vil fremdeles måtte avhenge av en interesseavveining, der denne advarselen så vil være et moment i avveiningen, som vil modifisere hensynet til parten.<sup>131</sup>

**4.2.7 Omgjøring etter de ulovfestede omgjøringsreglene, fvl. § 35.i.f.**  
Det siste grunnlaget for omgjøring i Forvaltningsloven § 35 er en henvisning til de ulovfestede reglene om omgjøring til skade for en part eller andre berørte. Det er her de store spørsmålene om effekten av en avtalebinding oppstår.

Disse reglene er ikke kodifisert, og må utledes fra praksis og teori. Grunntrekkene er at de tar sikte på det som Bernt kaller det «atypiske»<sup>132</sup> - situasjoner der det oppstår et vesentlig behov for å omgjøre et gyldig vedtak, selv om ingen av de øvrige vilkårene i § 35 er oppfylt. Ofte vil dette være på grunn av etterfølgende forhold, som endringer i samfunnet for øvrig. I vårt tilfelle er det vesentlige omgjøring på grunnlag av en interesseovervekt – hensynene som taler for omgjøring må være «markert og betydelig»<sup>133</sup> eller «vesentlig»<sup>134</sup> tyngre enn de interessene som vil bli påvirket dersom vedtaket

<sup>131</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.334

<sup>132</sup> Bernt (2010) s.333

<sup>133</sup> Ibid. s.334

<sup>134</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.331, Graver (2007) s.554

blir omgjort. Det kreves altså «kvalifisert interesseovervekt»; de må «virkelig gi utslag»<sup>135</sup>. Ifølge Eckhoff Smith kan det ikke sies så mye på generellt grunnlag om hvor sterke de hensyn som taler for omgjøring må være<sup>136</sup>. Avveiningen vil være meget konkret.

Bestemmelsen er en «sikkerhetsventil»<sup>137</sup>. Det må foretas en grundig avveining av hensynene for og imot, og forvaltningen har ikke siste ord i saken, spørsmålet om interesseovervekt er underlagt fullstendig prøving fra domstolenes side. Det eneste området det er rom for fritt skjønn, er nedover: forvaltningen kan la være å omgjøre<sup>138</sup>. Det kan være nyttig å merke seg her at overordnet organ som regel har samme omgjøringskompetanse som vedtaksorganet, jfr. fvl. § 35.2. Det betyr at dersom vi aksepterer adgang til å omgjøre etter ulovfestede prinsipper, kan også et overordnet organ, forutsatt at vilkårene for øvrig er til stede, bruke denne adgangen, selv om det underordnede organet ikke ser seg interessert i omgjøring. Altså kan et overordnet organ etter omstendighetene torpedere en avtale både et annet organ i forvaltningen og den private part ser seg interessert i, og de kan til og med tenkes å gjøre det ut fra hensyn som ville være irrelevante for det forvaltningsorganet som opprinnelig inngikk avtale. Et statlig organ kan for eksempel under omstendighetene trekke inn samfunnsmessige hensyn fra et nivå over det kommunen som inngikk den opprinnelige avtalen beskjeftiger seg med – men da vil også det underordnede organs interesser spille inn som et argument mot omgjøring.

Øyehaug mener at § 35 siste ledd er preceptorisk, og påpeker at ordlyden i paragrafen ikke åpner for unntak. Han mener derfor at det ikke er rom for å avtale bort omgjøringsadgangen<sup>139</sup>. Eckhoff Smith<sup>140</sup> legger til grunn at «hvis en gyldig binding foreligger, er det tale om et enkeltvedtak (...), og forvaltningsrettens regler om omgjøring kommer som utgangspunkt til anvendelse.» Bernt tar sterkt til orde for at siden enhver slik avtale etter hans mening har et offentligrettslig grunnlag, må også omgjøringsspørsmålet underlegges en offentligrettslig vurdering. Men han åpner for at

<sup>135</sup> Boe (1993) s.819+883

<sup>136</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.332

<sup>137</sup> Graver (2007) s.554, Boe (1993) s.819, Bernt (2010) s.335

<sup>138</sup> Bernt (2010) s.335

<sup>139</sup> Øyehaug (1998) s.70

<sup>140</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.334

avtaleformen må komme sterkt inn ved omgjøringsspørsmålet<sup>141</sup>. Woxholth synes å være enig i at «offentligrettslige (...) regler og prinsipper vil utgjøre en vesentlig del av rammeverket for slike avtaler», selv om han ikke går i dybden på spørsmålet<sup>142</sup>.

Graver<sup>143</sup> behandler det som et spørsmål om berettigede forventninger. Men det er ikke tvil om at han mener at det må være adgang til å omgjøre, han stiller seg tvilende til om det i det hele tatt er mulig å kontrahere bort omgjøringsadgangen: «Innholdet i den ulovfestede omgjøringsregel er at det kan gripes inn overfor berettigede forventninger hvis det er en vesentlig interesseovervekt i forhold til de offentlige interesser som tilsier omgjøring. Og hvis det først er en slik vesentlig interesseovervekt, må også et tilsagn om ikke å omgjøre kunne omgjøres.»

Boe<sup>144</sup> mener at ikke all omgjøringsrett kan være avskåret, selv om han mener at lojalitetshensyn tilsier at noen omgjøringsmuligheter må falle bort. Han viser til at de ulovfestede omgjøringsreglene forutsetter kvalifisert interesseovervekt, og mener at de dermed ikke gir noen særlig utrygghet i kontraktsforhold: «Sikkerhetsventilen som ligger i tungtveiende samfunnsmessig omgjøringsgrunnlag, gir ingen vid "bakdør" rett og slett fordi det skal mye til for å kunne omgjøre på dette grunnlaget.» Frihagen<sup>145</sup> åpner også for en viss adgang til omgjøring «f.eks. ved langvarige avtaleforhold der de ytre forhold og samfunnsmessige interesser blir helt endret.»

---

<sup>141</sup> Bernt (1981) s.324

<sup>142</sup> Woxholth (1999) s.154

<sup>143</sup> Graver (2007) s.242-243

<sup>144</sup> Boe (1993) s.819

<sup>145</sup> Frihagen (1992) s.25

### 4.3 Blandingsmodellen

Det siste alternativet er at avtaleformen modifierer hvilke etterfølgende skritt forvaltningen har adgang til, men at ikke alt faller bort. Som vist over, vil enkelte forvaltningsrettslige omgjøringsgrunnlag måtte være i behold. Dette inkluderer den ulovfestede omgjøringsadgangen, men med strengere vilkår enn under normale omstendigheter.

Det er, som vist, ikke nødvendigvis så stor forskjell på vilkårene for omgjøring etter de ulovfestede reglene eller avtalesensur basert på bristende forutsetninger eller avtalelovens § 36. Begge har til funksjon å demme opp for urimelige utslag, og er til syvende og sist basert på hva som må fremstå som den beste løsningen, om med noe høyere terskel for endring for de avtalerettslige reglenes vedkomme. Kriteriene for vurderingen er vage og skjønnsmessige, både for de avtalerettslige og offentligrettslige reglene. Når man i tillegg tar i betraktning at samfunnshensyn vil måtte spille inn i en avtalerettslig rimelighetsvurdering, og at avtaleelementet vil være et viktig moment i en offentligrettslig interesseavveining, ser man at disse to løsningene flyter over i hverandre på en slik måte at det mest naturlige kanskje er å åpne for en mellomløsning, en spesialløsning for et spesialtilfelle.

Hvilket utgangspunkt man tar, er nok til en viss grad en smakssak, og avhenger litt av egen filosofi: hvilke regelsett har størst gjennomslagskraft – det offentligrettslige innholdet eller det privatrettslige overbygget? Antageligvis vil et individs holdning til dette avhenge av en avveining av hensynene bak, og de reelle hensynene som taler for anvendelse av, begge regelsettene for å avgjøre hvilke hensyn som veier tyngst (og dermed fortjener størst beskyttelse), men en slik avveining vil uavvergelig ha et subjektivt innslag.

Det er uansett ikke naturlig å tviholde på at det ene eller andre regelsettet får fullt utslag i ett og alt, avtaler som inneholder en større eller mindre grad av offentlig myndighetsutøvelse er en spesiell situasjon som egner seg dårlig for prinsipielt bastante holdninger. Øyehaug tror ikke det ville bli særlig forskjell på omgjøringsadgangen etter

de to regelsettene<sup>146</sup>. Erik Boe oppsummerer det veldig godt: «Om du hevder det ene eller annet omgjøringssynspunkt, kommer vel nesten ut på ett, for under enhver omstendighet vil reglene om bristende forutsetninger og urimelige kontraktsvilkår ta farge av at avtalen tross alt ikke dreier seg om sånt som er vanlig i handel ogandel.»<sup>147</sup>

Det er bred enighet blant teoretikerne om at den ulovfestede omgjøringsadgangen vil ta farge av at det ikke er tale om et helt vanlig enkeltvedtak. Woxholth<sup>148</sup> åpner for «at [avtl. § 36] kan anvendes (analogisk) på 'forvaltningsavtaler' mellom en privat part og stat og kommune». Eckhoff Smith<sup>149</sup> mener at på grunn av betenkelighetene ved at forvaltningen kan ha forhandlet seg til fordeler ved hjelp av det vedtaket de nå prøver å omgjøre, må det mer til for å gå fra en avtalerettslig forpliktelse, og at «også kontraktsrettens regler om bristende forutsetninger og om rimelighet (...) må nok trekkes inn.» Boe gir i uttrykk for at ved utbyggingsavtaler må «forvaltningsrettslige omgjøringsregler anvendes med kontraktsrettslig klangbunn»<sup>150</sup>. Øyehaug

Graver kommer med uttalelser i retning modifisering, men kanskje ikke så vidtrekkende som andre. I tråd med hans syn at det er et spørsmål om berettigede forventninger, blir avtalen et moment i bedømmelsen av styrken på den private parts forventninger som taler imot omgjøring, men at «prinsipielt sett kan det ikke utelukkes at det kan tenkes offentlige interesser som må veie så tungt at selv en særlig sterk forventning må vike» og at det «generelt må være slik at risikoen for endringer i offentlige rammebetingelser ligger på den som innretter seg, og ikke på det offentlige.»<sup>151</sup>

Hovedforskjellen på de to regelsettene er hvem som i første rekke kan bestemme om hensynene er sterke nok til at forvaltningen kan fri seg fra sin forpliktelse. Ved de avtalerettslige reglene er dette en sak for domstolene, noe som kan bety at et uheldig vedtak kan bli stående i mange år, mens saken pågår for rettsinstans etter rettsinstans. Skaden kan være uopprettelig, og forvaltningen vil uansett sannsynligvis ikke ha krav

---

<sup>146</sup> Øyehaug (1998) s.70

<sup>147</sup> Boe (1993) s.819

<sup>148</sup> Woxholth (1999) s.156

<sup>149</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.334

<sup>150</sup> Boe (2004) s.528

<sup>151</sup> Graver (2007) s.242-243

på noen form for erstatning. Etter de offentligrettslige omgjøringsreglene er det først forvaltningen som bestemmer om hensynene for omgjøring er tilstrekkelig tungtveiende. Deretter er den private partens interesser beskyttet ved at denne avveiningen kan overprøves, både av klageorganer og av domstolene. Dersom en slik vurdering skulle komme til at omgjøringen var uberettiget, har den private parten både krav på et nytt vedtak (dersom det fremdeles er aktuelt) og krav på erstatning for tap han har lidd.

Etter min mening taler det ovenfor nevnte veldig sterkt for at man skal anlegge et forvaltningsrettslig utgangspunkt for en slik mellomløsning. De potensielle skadevirkningene for den private parten er vesentlig mindre, og fordelene for forvaltningen (og de samfunnshensyn forvaltningen er satt til å verne) er vesentlig større med denne løsningen. Noe som kan tale for et privatrettslig utgangspunkt, er spørsmålet om hva som vil skje med resten av kontrakten. De privatrettslige reglene har rettsvirkninger for kontrakten, fastlagt gjennom lov og praksis. De forvaltningsrettslige omgjøringsreglene, derimot, har i utgangspunktet kun virkning for selve vedtaket.

De aller fleste teoretikerne velger, som vist over, i større eller mindre grad blandingslinjen, selv om deres grunnholdning til bindingens betydning påvirker i hvilken grad de vektlegger det offentlig- eller privatrettslige elementet tyngst. Det er heller ikke sikkert man skal lese så mye inn i at Jo Hov holder seg til de avtalerettslige ugyldighetsreglene, han bemerker at avtl. § 36 inneholder ingen faste kriterier for i hvilke tilfelle bestemmelsen skal anvendes<sup>152</sup>, og «antar» at terskelen for omgjøring av bindingen vil være høyere etter avtalerettslige regler<sup>153</sup>. Da er det ikke sikkert at han mener at det skal så mye mer til for å få gjennomslag etter avtl. § 36 enn etter fvl. § 35.i.f.. Woxholth lar det være et åpent spørsmål<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> Hov (2002) s.308

<sup>153</sup> Hov (2002) s.413

<sup>154</sup> Woxholth (1999) s.156

#### 4.4 Avgjørelse av omgjøringsspørsmålet

Omgjøringsvurderingen vil ha et så sterkt innslag av hensyn til den private parten på grunn av den spesielle situasjonen at om man trekker inn de avtalerettslige prinsippene direkte for å modifisere kravet til interesseovervekt eller ikke kanskje ikke er så vesentlig. Interessene som taler for omgjøring vil i utgangspunktet måtte være på et slikt nivå at man nesten kan snakke om urimelighet bare for å oppveie mothensynene. Hvor sterke argumentene for omgjøring er vil i første rekke avhenge av hvorfor forvaltningen nå ønsker å omgjøre, og hvor sterkt behovet er. Det er vanskelig å si noe generelt om en så konkret vurdering, men det kan vises noen grunner som kan gi grunnlag for omgjøring, og hensyn som taler imot.

##### 4.4.1 Grunner for å omgjøre

Det må foreligge «tungtveiende samfunnsmessige grunner» for å begrunne omgjøring etter de ulovfestede reglene<sup>155</sup>. I domsgrunnene for flertallet i Vassfarvegen-dommen nevnes to kategorier med betenkeligheter som knytter seg til forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet<sup>156</sup>. Disse betenkelighetene kan også være en pekepinn mot problemer som kan medføre at forvaltningen skulle ha et ønske om å omgjøre dersom de først er bundet, og sammenfaller med det Graver kaller «typesituasjoner»<sup>157</sup>:

#### **Endringer i de faktiske forhold, herunder nye opplysninger**

Dette er den klassiske begrunnelsen for omgjøring etter de ulovfestede reglene. Som eksempel i Vassfarvegendommen nevnes at befolkningsutviklingen eller eksterne krav til kommunens tjenester medfører at utgifter øker på en måte som var uforutsett da avtalen ble inngått. Noe annet er dersom ordningen ikke lenger tjener en hensikt for det offentlige, eller der en virksomhet viser seg å være mer skadelig enn opprinnelig tenkt. Dette ligner litt på det klassiske spørsmålet i forbindelse med bristende forutsetninger. Om nye opplysninger sier Boe at «ikke hvilke som helst nyheter [er] nok. De må stille saken i et helt annet lys»<sup>158</sup>.

<sup>155</sup> Boe (1993) s.882

<sup>156</sup> Rt-2007-651-41

<sup>157</sup> Graver (2007) s.554

<sup>158</sup> Boe (1993) s.883

Noen typetilfeller:

*Den private parten misligholder sine forpliktelser etter vedtaket*

For flere forfattere ligger dette nettopp i kjernen for hva den ulovfestede omgjøringsadgangen er myntet på<sup>159</sup>. Ifølge Eckhoff/Smith må vesentlig mislighold gi grunnlag for å tilbakekalle begunstigende vedtak generelt, og selv mindre vesentlig mislighold kan begrunne nye vilkår<sup>160</sup>.

*Alvorlige negative konsekvenser*

Dersom den virksomheten som drives på bakgrunn av tilsagnet utgjør en fare for liv og helse, er det ganske klart at hensynene for omgjøring vil utveie den privates interesse i kontinuitet<sup>161</sup>. Erik Boe gir et annet eksempel som kan begrunne omgjøring: at «myndighetene gir tilsagn om å få drive privat sykehus, og etterpå oppdager at institusjonen tapper helsevesenet for helsepersonell»<sup>162</sup>. Også sikkerhetsmessige, handels- eller utenrikspolitiske konsekvenser kan veie tungt<sup>163</sup>.

*Rent økonomiske hensyn*

Graver mener at særlig i tilfeller der det foreligger forhåndsbinding kan det være grunn til ikke å la rent økonomiske hensyn på det offentliges side være avgjørende<sup>164</sup>. Her kan forskjellen på flertallets og mindretallets votum i Vassfarvegen være en interessant illustrasjon: Flertallet fant at bindingen bare strakk seg til å overta veien etterhvert som det ble ferdigstilt, og dermed var kommunens vedtak om å «legge ned» veien ut fra økonomiske hensyn i orden<sup>165</sup>. Mindretallet fant at bindingen også inneholdt en forpliktelse til å vedlikeholde veien, og så lenge veien tjente sitt formål, var det da ikke tilstrekkelig at kommunen sparte penger ved å overføre ansvaret til vegstyret igjen<sup>166</sup>. Lie mener at denne begrensningen «savner støtte i autoritative kilder og står i motstrid med ordlyden i vegloven § 7». Han tror at det er et utslag av at mindretallet legger stor

<sup>159</sup> Graver (2007) s.554, Eckhoff/Smith (2010) s.332, Boe (1993) s.883

<sup>160</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.332

<sup>161</sup> ibid s.331

<sup>162</sup> Boe (1993) s.819

<sup>163</sup> Bernt (2010) s.335

<sup>164</sup> Graver (2007) s.558 jfr. Bernt (1981) s.308-309

<sup>165</sup> Rt-2007-651-58

<sup>166</sup> Rt-2007-651-82



vekt på hensynet til den private parts innrettelse<sup>167</sup>.

### *Kolliderende private interesser*

Dersom de private interessene sammenfaller med de offentlige interesser, må det ha betydning<sup>168</sup>, men der det rett og slett er snakk om interessekollisjon må det løftet forvaltningen har gitt veie tungt, ikke minst med tanke på at berørte private parter også har klagemuligheter. De kolliderende interessene til en privatperson eller en gruppe privatpersoner vil normalt ikke være tilstrekkelig til å begrunne omgjøring i dette tilfellet. Hvis det er en veldig stor krets av berørte personer, eller skadevirkningene er så sterke at det nærme seg allmenne samfunnsmessige grunner for å omgjøre vil det kanskje stille seg annerledes,

### **Endrede politiske prioriteringer**

Her har det ikke skjedd noen endring i faktum, kun i synet på ordningen. Det kan grense opp mot endringer i faktiske forhold, for eksempel der forvaltningen ikke ser et behov for ordningen lenger, men i prinsippet er dette to adskilte grunner. Dette kan komme både som et resultat av at de alminnelige oppfatningene i samfunnet har endret seg, eller at det har skjedd en politisk kursendring etter et valg.

Etter mitt skjønn skal det mer til for å omgjøre på grunn av endrede politiske prioriteringer, og i særdeleshet etter et valg, enn dersom det er faktiske skadevirkninger som ligger til grunn for omgjøringsbehovet. Raske politiske skifter bør ha svært gode grunner for seg for å slå ut overfor behovet for stabilitet og forutsigbarhet i kontraktsforhold. Eckhoff/Smith mener at endret politisk syn ikke i seg selv kan «berettige omgjøring dersom det ikke er tale om svært sensitive saksområder, og tilstrekkelig sterke grunner taler imot»<sup>169</sup>.

«Nasty»-saken illustrerer dette. I dette tilfellet var det snakk om å trekke tilbake en eksporttillatelse for motortorpedobåter til Hellas. Mellom avtaleinngåelsen og

---

<sup>167</sup> Lie (2008) s.257

<sup>168</sup> Boe (1993) s.884

<sup>169</sup> Eckhoff/Smith (2010) s.333

omgjøringsspørsmålet hedde det vært militærkupp i landet. Sterke politiske hensyn talte derfor for å trekke tillatelsen, men lovavdelingen mente at dette ikke var mulig. Standpunktet har i ettertid blitt bestridt, men uenigheten viser at spørsmålet er vanskelig.

Likevel må det være en viss adgang til omgjøring, også der man har endret politisk syn. Ellers ville en administrasjon i teorien kunne «tvinge sin vilje» på fremtidige administrasjoner ved å avtalefeste kontroversielle avgjørelser, noe som kan «representere en begrensning for demokratiet»<sup>170</sup>. Et eksempel i denne retningen er Ring-saken, der en arbeiderpartiregjering tilbakekalte et tilsagn som den borgerlige regjering hadde gitt til Ring medisinsenter om drift av privat sykehus. Regjeringen gav samtidig Ring 4,5 millioner i erstatning for utgiftene de hadde hatt i forbindelse med saken og tillatelse til å drive sykehushotell med ti senger, noe de aksepterte. At regjeringen følte behov for å kombinere omgjøringen med erstatning og en annen tillatelse, indikerer at de ikke regnet med at ren opphevelse av vedtaket ville stått seg.

#### 4.4.2 Noen momenter som kan ha betydning i avveiningen

De grunnene forvaltningen har for å omgjøre, må veies opp mot de hensyn som taler mot omgjøring, først og fremst den private parts interesse i at vedtaket blir stående, men også, i vårt tilfelle, det mer generelle hensynet til forutsigbarhet i kontraktsforhold.

Graver har behandlet omgjøringsspørsmål inngående og viser på generelt grunnlag<sup>171</sup> til flere hensyn som vil kunne ha betydning i denne avveiningen. Det vesentlige for ham er den private parts berettigede forventninger, særlig innrettelsesnivået. Et grunnleggende spørsmål er om omgjøring bare får virkning fremover, eller om den har tilbakevirkende effekt, f.eks. at den fører til at investeringer tatt i tillit til avgjørelsen blir tapt. Han mener at omgjøring av forhåndsbinding alltid griper inn i partens forventninger, uansett om den formelt bare virker fremover. Videre<sup>172</sup> skal det mer til for å gripe inn i et engangstilfelle enn et vedtak som gjelder for et lengre tidsrom, og omgjøring kort etter bindingen krever mindre interesseovervekt enn dersom det har gått lang tid. Hva som

---

<sup>170</sup> Rt-2007-651-41

<sup>171</sup> Graver (2007) s.543-544

<sup>172</sup> Ibid. s.554-555, Frihagen (1992) s.53

gjøres for å avhjelpe skadevirkningene for parten spiller inn<sup>173</sup>. Eckhoff/Smith viser generelt til styrken på den private partens interesser og rekkevidden på endringene, og legger til at virksomhetstypen også kan ha betydning<sup>174</sup>. Spesielt for forhåndsbinding<sup>175</sup> lister Graver opp flere momenter som kan tale mot omgjøring: Tilsagnet i seg selv, forpliktelser den private part har påtatt seg og om de er oppfylt, og andre former for innrettelse etter tilsagnet kan alle ha vekt i vurderingen. Øyehaug mener at de to mest sentral hensynene i et slikt tilfelle vil være i hvilken grad hjemmelslovens formål taler for omgjøring, og hvor langt hensynet til den private som har fått tilsagnet taler imot<sup>176</sup>.

#### 4.4.3 Står forvaltningen fritt til å definere hva omgjøringsvedtaket går ut på?

Er forvaltningen bundet av en standard som ligner på avtl. § 36? Påvirker et avtaleelement omgjøringskompetansen deres slik at de er bundet til å vedta en minst mulig inngripende endring som likevel reparerer den situasjonen som fremprovoserte omgjøringen? Hensynet til forutsigbarhet i kontraktsrelasjoner slår inn også her. Å unngå at avtalen faller helt bort bør være en målsetning i seg selv, og det stemmer også godt med både reglene i avtl. § 36, om at man skal bøte på den konkrete urimeligheten, og ikke lenger. Det samstemmer òg med de ulovfestede omgjøringsreglene, at skadevirkningene for parten bør avhjelpes<sup>177</sup>. I tillegg er det usikkert hva som skjer med resten av avtalen dersom forvaltningen på egen hånd omgjør kun en del av det samlede avtaleforholdet. Det beste er om man kan avbøte de samfunnsmessige problemene samtidig som avtalen, med de fordeler den fører med seg både for den private og det offentlige, kan bestå i mer eller mindre sin opprinnelige form.

Spørsmålet om forvaltningen kan omgjøre på ulovfestet grunnlag, og hva omgjøringsvedtaket vil gå ut på, griper inn i hverandre. Normalt vil et mindre inngripende omgjøringsvedtak kreve mindre interesseovervekt enn en full opphevelse

---

<sup>173</sup> Bernt (2010) s.335, Frihagen (1992) s.54

<sup>174</sup> Eckhoff/Smith s.332-333

<sup>175</sup> Ibid. (2007) s.242-243

<sup>176</sup> Øyehaug (1998) s.70

<sup>177</sup> Bernt (2010) s.335

av det opprinnelige vedtaket<sup>178</sup>. I det minste vil dette minske vekten av de motstående interessene. Og dersom det fins en mindre inngripende, men fremdeles tilfredsstillende løsning, er det ikke sikkert at domstolene vil gå med på at forvaltningen valgte den mest inngripende løsningen av for eksempel bekvemmelighetshensyn eller fordi de så sitt snitt til å komme seg ut av hele avtalen, kanskje fordi det i mellomtiden har vært politisk stemningsskifte. Disse hensynene vil trolig ikke veie tungt nok til å gi rom for en mer omfattende omgjøring enn strengt tatt nødvendig. Likevel er det ikke tvil om at det vil finnes situasjoner der det er alt eller intet. Da vil andre tiltak, for eksempel erstatning, etter omstendighetene kunne være en måte å tippe balansen, jfr. tankene til Erik Boe<sup>179</sup>: «Det offentlige må i tillegg komme fri dersom myndighetene dekker utgiftene som medkontrahenten pådro seg ved å stole på løftet eller avtalen.»

Det kan spørres om omgjøring mot erstatning er noe annet enn å forenkle erstatningsoppgjøret som ville komme dersom det omgjøres på tross av avtalepartens berettigede forventninger. Her burde det tas hensyn til at det er skattepenger det er snakk om, slik at en viss interesseovervekt må foreligge uansett, og forvaltningen ikke bare kan legge til penger frem til man veier opp hensynet til den private part. Fordi pengene må komme fra et sted vil erstatning heller ikke alltid være et reelt alternativ<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> Graver (2007) s.555, Eckhoff/Smith (2010) s.332

<sup>179</sup> Boe (1993) s.819

<sup>180</sup> Frihagen (1992) s.54

## 5 Oppsummering og konklusjon

### 5.1 Rettstilstanden

Det er adgang for forvaltningen til å forhåndsbinde sin myndighet. I de siste tyve årene har denne adgangen fått en mer definert form, noe større enn antatt i tidligere rettspraksis, men fremdeles begrenset. For at en forhåndsbinding skal stå seg kreves det et grunnlag i lov, implisitt eller eksplisitt, før vedtaket må det foretas en nøye vurdering og helst grundig saksbehandling, og man står uansett ikke fritt til å binde seg til hva som helst. Domstolenes tolkning av slike bindinger er streng, og det skal vesentlig mer bevis til for en slik binding enn etter alminnelige avtaletolkningsregler. Slik kan man ivareta fordelene ved slike avtaler og forvaltningen kan bli bundet der det ville vært urimelig om de skulle kunne slippe helt fritt.

Slik binding er likevel ikke ensbetydende med at forholdet underlegges de kontraktsrettslige reglene fullt ut. For det første vil avtalekonstruksjonen ikke kunne redde vedtaket dersom den lider av vesentlige mangler som kan medføre ugyldighet. Den vil heller ikke avskjære muligheten for omgjøring av vedtaket som et resultat av klage. En slik avtalemessig bindings primære virkning vil være å avskjære visse former for utvidet omgjøringsadgang. Samtidig er muligheten til å omgjøre etter de ulovfestede reglene for omgjøring til skade i behold, men avveiningen som må foretas etter disse reglene vil bli sterkt påvirket av det avtalerettslige elementet, slik at vi i realiteten får en vurdering som ligger i området mellom omgjøring til skade og urimelighetssensur.

#### 5.1.1 Tre vurderingsledd

En sak om omgjøring av forhåndsbinding vil i ytterste konsekvens kreve at retten går gjennom tre ledd:

Først må forvaltningens utsagn tolkes. Retten tolker både forhåndsbindingens form (er det ment å være bindende) og dets innhold (binde til hva?). Denne fortolkningen stiller strenge krav til klarheten i forvaltningens utsagn. Normalt vil det omtrent kreves at bindingen fås i klartekst, men det kan tenkes situasjoner der summen av tolkningsmomentene er så klare at det kan sies å foreligge.

Dersom retten kommer til at det foreligger en binding, må det foretas en vurdering av om bindingen kan godtas. Oppfyller den de kravene som må stilles i forhold til rekkevidde, nødvendighet og ønskelighet og lovens formål? Har forvaltningen vurdert fordelene og ulempene på en saklig og fornuftig måte? Og til sist, er dette et område som det av allmenne hensyn ikke burde være mulig å binde sin myndighet på?

Elementene i disse to første leddene griper over i hverandre. For eksempel: Jo mer vidtgående binding, jo tydeligere holdepunkter og klarere overveielse trengs for at den ikke skal tolkes bort eller avvises. Jo vagere uttrykk for binding, jo mer sannsynlig er det at man går ut fra at forvaltningen har bundet seg til noe mindre inngripende. Og omvendt, jo mindre inngripende løftet er, jo mer tilbøyelig er man nok til å akseptere at forvaltningen har bundet seg, selv om formuleringen er vag og det er usikkert om forvaltningen har lagt en grundig nok vurdering til grunn for avgjørelsen sin.

Det er først når begge disse hindre er passert at det gir mening for retten å diskutere om forvaltningen hadde grunnlag for å omgjøre. Først må de undersøke om den anførte hjemmelen for omgjøring kan brukes i dette tilfellet. Deretter må de sensurere omgjøringssavgjørelsen, og undersøke om vurderingen har tatt tilstrekkelig hensyn til den private part.

## 5.2 Hvilke hensyn veier tyngst?

I innledningen ble det trukket opp tre grupper av hensyn som er spesielt relevante når det gjelder forhåndsbinding. Etter det som er oppsummert over, kan man se hovedtrekkene i hvordan disse har blitt veid mot hverandre.

At domstolene har tillagt fordelene ved forhåndsbinding adskillig vekt, ser man av at adgang til å gi slike tilsagn, vanskelige som de er, ikke er blankt avvist. Domstolenes motvilje mot å gå inn på spørsmålet og restriktive tolkning av slike avtaler er et utslag av et ønske om å unngå for frie tøyler til å inngå avtaler med uoversiktlige virkninger, som i praksis kan sette lover og vektige hensyn til side – her ser man et de «offentlige»

hensynene slår ut overfor både bekvemmelighetshensynene og de «private» hensynene. Denne siste gruppen av hensyn slår først til en viss grad igjennom i noe som kan formodes å bli en relativt sjelden situasjon i praksis, ved at de veier tyngre enn vanlig inn i vurderingen av en eventuell omgjøring.

## **6 Litteraturliste**

De henvisninger som har (Lovdata) skrevet bak, er skrevet slik den konkrete kilden er nummerert på Lovdata.

### **6.1 Lover**

- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer LOV-1918-05-31-4 (Lovdata)
- 1963 Veglov. LOV-1963-06-21-23 (Lovdata)
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker LOV-1967-02-10 nr. 00 (Lovdata)
- 2008 Lov om planlegging og byggesaksbehandling LOV-2008-06-27-71 (Lovdata)

### **6.2 Forarbeider**

NOU 2003:24 Mer effektiv bygningslovgivning. Grunnprinsipper og veivalg.

Utbygningssavtaler. Bygningslovutvalgets første delutredning

### **6.3 Rettspraksis**

- Rt. 1925 s. 988
- Rt. 1929 s. 529
- Rt. 1929 s. 771
- Rt. 1931 s. 1138
- Rt. 1931 s. 1158
- Rt. 1932 s. 639
- Rt. 1971 s. 228 Råkkollveien
- Rt. 1972 s. 107 Mardøla
- Rt. 1975 s. 630 Sandnes/Eskemyr
- Rt. 1983 s. 1290
- Rt. 1992 s. 1235 Fiskekvote/Lofoten Trållerederi
- Rt. 1993 s. 268
- Rt. 1995 s. 336
- Rt. 1999 s. 922 Salhus flytebro/Nordlandsbroen
- Rt. 2007 s. 651 Vassfarvegen
- HR-2008-1280-U (Lovdata)
- LH-2007-50902 (Lovdata) Mehamn

### **6.4 Uttalelser**

- SOM-1982-47 (Lovdata)
- SOM-1997-65 (Lovdata)
- SOM-2009-2897 (Lovdata)



## 6.5 Litteratur

### 6.5.1 Bøker

- Bernt, Jan Fridthjof *Avtaler med Stat og kommune*. Bergen 1981.
- Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf *Frihagens forvaltningsrett Bind I*. 2. utg. Bergen 2010.
- Boe, Erik *Innføring i Juss Bind 2*. Oslo 1993.
- Brækhus, Sjur *Fra kredittretten og andre rettsområder*. Oslo 1978.
- Bugge, Hans Christian *Lærebok i miljøforvaltningsrett*. Oslo 2006.
- Fleischer, Carl August *Plan- og bygningsretten*. Oslo 1992.
- Frihagen, Arvid *Forvaltningsrett Bind I*. 3. utg. Bergen 1991.
- Frihagen, Arvid *Forvaltningsrett Bind III*. 4. utg. Bergen 1992.
- Graver, Hans Petter *Alminnelig Forvaltningsrett*. 3. utg. Oslo 2007.
- Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet: Kontraktsrett I*. 3. utg. Oslo 2002.
- Lie, Markus Hoel, Haagensen, Thorbjørn Riise og Johansen, Jon Petter Rui *Kommenterte høyesterettsavgjørelser i forvaltningsrett*. Bergen 2008.
- Madell, Tom-Erik *Det allmänna som avtalspart*. Stockholm 1998.
- Smith, Eivind og Eckhoff, Torstein *Forvaltningsrett*. 9. utgave. Oslo 2010.
- Woxholth, Geir: Forvaltningens avtalevirksomhet. I: *Forvaltningshåndboka*. Oslo 1999.
- Woxholth, Geir *Avtalerett*. 5. utg. Oslo 2003.

### 6.5.2 Artikler

- Boe, Erik *Fusadommen i forvaltningsrettslig og rettsteoretisk perspektiv*, Lov og Rett 1991 s. 323-346
- Boe, Erik *Lovregulering av utbyggingsavtaler – to konkurrerende lovforslag*. Lov og Rett 2004 s. 515-531
- Boe, Erik *Systemsmøring. I: Miljøretlige emner. Festskrift til Ellen Margrethe Basse*. København 2008.
- Øyehaug, Olav Marius *Forvaltningsavtaler – særlig om avtaler vedrørende bruk av offentlig myndighet*. I: Tidsskrift for forretningsjus nr. 4. Årgang 4 (1998). S. 19-74

## **7 Lister over tabeller og figurer m v**

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>.